

**Adgangen til å beskytte sensitiv informasjon på
etterforsningsstadiet.**

Kandidatnummer: 579

Leveringsfrist: 27. 04. 09

Til sammen 17 633 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet og utvikling	2
1.3	Avgrensing	3
1.4	Kort om den videre fremstilling	3
<u>2</u>	<u>REELLE HENSYN</u>	<u>4</u>
2.1	Formål og hensyn bak innsynsreglene	4
<u>3</u>	<u>GJENSTANDEN FOR INNSYN ETTER EMK</u>	<u>6</u>
<u>4</u>	<u>BEGREPET ”SAKENS DOKUMENTER” OG DETS BETYDNING</u>	<u>9</u>
4.1	Innledning	9
4.2	Hva utgjør en ”sak”	9
4.2.1	Flere mistenkte	12
4.2.2	Innsynsrett i saker med berøringspunkter	14
4.3	Hva skal anses som et ”dokument”	17
4.4	Unntak for interne dokumenter	18
4.4.1	Innstilling fra underordnet til overordnet påtalemyndighet	19
<u>5</u>	<u>INNSYNSRETTEEN PÅ ETTERFORSKINGSSTADIET</u>	<u>21</u>
5.1	Hvem har rett til innsyn	21
5.1.1	Mistenkte	21

5.1.2	Forsvarer	23
5.2	Hvordan skal innsyn gis?	25
5.3	Dokumenter fremlagt i rettsmøte	28
5.4	Koblingen mellom innsynsretten og bevisavskjæringsregelen i strpl. § 292	30
5.5	Særlig om kommunikasjonskontroll (KK)	31
<u>6</u>	<u>UNNTAK FRA RETTEN TIL DOKUMENTINNSYN</u>	<u>36</u>
6.1	Innledning	36
6.2	Skade eller fare for etterforskingens øyemed	36
6.3	Skade eller fare for tredjemann	38
6.4	Dokumenter som bør holdes hemmelige av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat	39
6.5	Anonym vitneførsel er begjært	41
6.6	Strpl. § 242a	42
<u>7</u>	<u>NÆRMERE OM STRPL. § 242A.</u>	<u>42</u>
7.1	Innledning	42
7.2	Hvem kan nektes innsyn?	43
7.3	Hva kan det nektes innsyn i?	45
7.4	Vilkårene for å nekte innsyn etter strpl. § 242a	48
7.4.1	Kumulative vilkår	49
7.4.1.1	Påtalemyndigheten vil ikke påberope seg de aktuelle opplysninger som bevis i saken	49
7.4.1.2	”Strengt nødvendig”	49
7.4.1.3	”Vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar”	50

7.4.2	Alternative vilkår	52
7.4.2.1	Andres live, helse eller frihet	52
7.4.2.2	Deltagelse i skjult etterforsking	53
7.4.2.3	Forebygging og etterforsking av forbrytelser	54
7.4.2.4	Samarbeid med utenlandske myndigheter	55
7.4.3	Strafferammekriteriet	57
8	<u>AVSLUTNING</u>	<u>58</u>
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>
9.1	Juridisk litteratur	61
9.2	Lover og forskrifter	2
9.3	Internasjonale konvensjoner	3
9.4	Forarbeider etc.	4
9.5	Rettspraksis	6

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er retten til dokumentinnsyn og beskyttelse av sensitiv informasjon på etterforskningsstadiet, hvor det legges vekt på hvilke begrensninger som gjelder i innsynsretten.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (strpl.) regulerer innsynsretten, hvor hovedbestemmelsene er §§ 242 og 242a.¹ Etter § 242 har mistenkte i utgangspunktet rett til innsyn i alle dokumentene i saken, men det følger begrensninger av både §§ 242 og 242a. Om disse begrensningene kommer til anvendelse, må vurderes i den enkelte sak. Denne avhandlingen vil blant annet bestå av en avveining av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende ved denne vurderingen.

Siden retten til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet ble lovregulert, har bestemmelsen vært gjennom en omfattende utvikling ved lovendringer og rettspraksis. Særlig omfattende har utviklingen vært siden år 2000.

Dokumentinnsyn er en viktig rettssikkerhetsgaranti for den mistenkte. Ved å få kjennskap til de opplysninger påtalemyndigheten sitter med, kan han forbrede seg et best mulig forsvar. Slike opplysninger kan være hvilke anklager som er rettet mot en, men også mulige bevis og anførsler som vil kunne komme frem ved en senere hovedforhandling. Samtidig foreligger det også motstridende hensyn. Innsyn kan være til skade for etterforskingen eller tredjemann, og reglene om dokumentinnsyn skal gi påtalemyndigheten bedre mulighet til verne om sensitiv informasjon og beskyttelse av politivitner. Politiet er i mange saker helt avhengig av kilder, og det er derfor viktig at man også kan beskytte disse.

¹ Alle lovhenvisninger gjelder straffeprosesslovens bestemmelser, med mindre annet er oppgitt.

Det er derfor viktig å ha klare og fullstendige regler på dette området. Reglene om innsynsrett har vært omtvistet gjennom årene, og vært stadig gjenstand for debatt.²

1.2 Aktualitet og utvikling

Straffeprosessloven § 242a ble tilføyd ved lovendring 9. mai 2003 nr. 30. Det ble også foretatt endring i 2007.³ Straffeprosessloven § 242a gir hjemmel for å beslutte unntak fra retten til dokumentinnsyn etter § 242 utover det som følger av § 242 selv. Tilføyelsen av bestemmelsen skulle gi et sterkere vern av politiets kilder, informanter, politiets generelle metodebruk, opplysninger om andre straffesaker og gi muligheter for gjenbruk av politifolk som har deltatt i skjult etterforskning.

Reglene om innsynsrett er aktuelle i dagens samfunn hvor kriminalitetsbildet endrer seg i retning av hardere miljøer og mer brutale metoder fra de kriminelle. Profesjonelle kriminelle benytter seg i større utstrekning av vold og/eller trusler for å sikre sine interesser enn tidligere, men også for å vanskeliggjøre politiets etterforskning og iretteføring av konkrete saker.⁴ Dette gjør arbeidet med å bekjempe kriminalitet vanskeligere for politiet, ikke bare i eget land, men også over landegrensene.

Det var erfaringer fra den såkalte "Heroinsaken", Rt-2002-1049, som førte til at man måtte foreta ytterligere tiltak for å beskytte politiets kilder og informanter. De dagjeldende reglene om innsynsrett, vernet ikke i tilstrekkelig grad om politiets kilder og informanter. Høyesteretts kjæremålsutvalg la til grunn at påtalemyndigheten måtte gi den tiltalte forsvarer innsyn i dokumenter fra politiets etterforskning i tiden før den tiltalte ble pågrepet. Forsvareren begjærte innsyn i dokumenter som omhandlet politiets etterforskning i tiden forut for pågripelsen av en person, i medhold av § 292. Påtalemyndigheten mente at innsyn i disse dokumentene ville bringe politiets informanter i fare. Vilkårene for å nekte innsyn

² Se blant annet Andorsen (2000), Busch (2006) og Horn (2007)

³ Lov om endringer i straffeprosessloven av 2007 nr. 126 (avgrensa dokumentinnsyn og provføring)

⁴ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 6-7

var ikke oppfylt etter dagjeldende rettspraksis, og spørsmålet var om man likevel kunne nekte innsyn basert på reelle hensyn, selv om opplysningene kunne ha betydning for dommens innhold. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom her fram til at dette dreide seg om vanskelige avveiningsspørsmål som det måtte være opp til lovgiveren å ta stilling til. Forsvareren ble derfor gitt innsyn. Påtalemyndighetene svarte med å trekke tilbake tiltalebeslutningen, noe som raskt førte til endring på dette området.

1.3 Avgrensing

Det er reglene om mistenktes rett til innsyn på etterforskningsstadiet som blir behandlet i denne avhandlingen. Jeg vil i det følgende derfor ikke gjøre rede for innsynsreglene på tiltalestadiet eller etter at straffesaken er avsluttet.

Forvaltningslovens⁵ regler om dokumentinnsyn vil ikke bli behandlet. Det følger av fvl. § 4 første ledd bokstav b at forvaltningslovens regler ikke gjelder på straffeprosessens område. Anonym vitneførsel og taushetsplikt vil kun bli behandlet i korte trekk der dette anses nødvendig. Det kan sies at retten til dokumentinnsyn utgjør et unntak fra de regler om taushetsplikt som oppstilles i §§ 61a flg.⁶ Reglene om taushetsplikt er likevel ikke til hinder for mistenktes og forsvarerens innsynsrett. Fornærmedes rett til innsyn, samt innsynsretten for fornærmedes bistandsadvokat, vil ikke bli behandlet.

1.4 Kort om den videre fremstilling

Kapittel 2 omhandler reelle hensyn, herunder formål og hensyn bak innsynsreglene. Reelle hensyn er viktig i forhold til hele straffeprosessen, og skal ivareta hensyn både i forhold til mistenkte og andre, som for eksempel tredjemenn. EMK⁷ blir behandlet i kapittel 3, hvor straffeprosesslovens bestemmelser skal tolkes i lys av EMK. I kapittel 4 redegjøres det for hva som er gjenstand for dokumentinnsyn. Kapittel 5 omfatter hvem som

⁵ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. feb. 1967 (fvl.)

⁶ Magnussen (2006) side 12

⁷ Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. nov 1950

har rett til innsyn og hvilken rett disse har, samt særregler om dokumenter fremlagt i rettsmøte og kommunikasjonskontroll (KK). Det blir også en fremstilling av hvordan innsyn skal gis, samt bevisavskjæringsregelen § 292. Unntak fra retten til dokumentinnsyn behandles i kapittel 6. Straffeprosessloven § 242a behandles særskilt i kapittel 7, mens en avslutning følger av kapittel 8.

2 Reelle hensyn

2.1 Formål og hensyn bak innsynsreglene

Domstolenes viktigste oppgave er å løse rettslige konflikter mellom partene, og avgjøre spørsmål om skyld og straff. Samtidig er det viktig at prosessen sikrer materielt riktige avgjørelser, virker tillitvekkende, samt er hurtig og billig. Avgjørelsene skal derfor treffes på et så godt grunnlag som mulig, og ellers under slike forhold at de stort sett er materielt riktige.⁸ Det er særlig viktig at straffesaker blir bedømt riktig, så ingen blir uskyldig dømt, da straff anses som en massiv sosial fordømmelse. Derfor har vi prinsipper som ligger til grunn for store deler av straffeprosessen, og som skal ivareta forskjellige hensyn.

I vår strafferettspleie har vi det overordnede rettsikkerhetsprinsipp om retten til en ”rettferdig rettergang”, jfr. EMK artikkel 6 nr. 1. Kravet om *kontradiksjon* er blitt tolket inn i kravet om rettferdig rettergang, og innebærer at partene gjensidig skal ha adgang til å imøtegå opplysninger og anførsler motparten legger frem. Prinsippet skal sikre materielt riktige avgjørelser og bidra til sakens opplysning. Kontradiksjonsprinsippet er forutsatt i en rekke av straffeprosesslovens bestemmelser, og utgjør kjernen i reglene om dokumentinnsyn.⁹ Prinsippet vil ofte være vanskelig å gjennomføre på etterforskningsstadiet, da mistenkte vil ha stor interesse i å vanskeliggjøre etterforskningen på dette stadiet.

⁸ Hov (2007) Rettergang I side 13

⁹ Andorsen (2000) side 27

Sannhetsgrunnsetningen er et annet viktig prinsipp i straffeprosessen. Prinsippet kommer til uttrykk i § 294 og taler for at mistenkte gis fullt innsyn i dokumentene. Retten skal også sørge for at det som taler til tiltaltes ugunst kommer frem i saken, og samtidig sikre materielt riktige avgjørelser.¹⁰ Men dersom innsyn kan skade etterforskningen, taler prinsippet mot innsyn.

Mistenktes rett til innsyn skal også gjøre prosessen *tillitvekkende*. Ved at mistenkte selv får vite hva som foreligger av dokumenter mot ham, kan han påvirke bevisverdien av det påtalemyndigheten påberoper seg eller ikke.¹¹ Tilliten til vårt rettssystem kan også svekkes ved at mistenkte får rett til innsyn. Norske myndigheter skal ikke bare sørge for rettsikkerheten til mistenkte, men også hindre bruk av trusler og vold mot kilder og informanter, samt beskytte personer, eiendom og offentlige interesser mot forbrytelser.¹² Videre skal prosessen skal også være *hensynsfull* overfor parter og andre aktører.

Likestillingsprinsippet ("equality of arms") er et annet viktig prinsipp som gjør seg gjeldende med stor tyngde ved dokumentinnsyn. Mistenkte skal ha rimelige muligheter til å tilbakevise de anklager som er rettet mot han, og partene skal være likestilt i prosessuell henseende. Saken skal avgjøres på en mest mulig objektiv, balansert og innsiktsfull måte.¹³ Hensynet til *objektivitet* er også relevant i forhold til innsynsretten, hvor det ligger et krav om nøkternhet og saklighet, noe som har betydning for både retten og påtalemyndighetene.¹⁴ Etter § 226 tredje ledd skal etterforskningen klarlegge både det som taler mot og det som taler for den mistenkte, mens retten etter § 294 skal påse at saken blir fullstendig opplyst. Objektivitetsprinsippet vil få større betydning der mistenkte og forsvareren blir nektet innsyn. Mistenkte vil kunne ha behov for innsyn slik at han selv kan vurdere opplysningene som foreligger. Stort sett vil den mistenkte vurdere opplysningene

¹⁰ Hov (2007) Rettergang I side 146

¹¹ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 27

¹² l. c.

¹³ Høstmølingen (2003) side 194

¹⁴ Magnussen (2006) side 19

annerledes enn påtalemyndighetene, noe som kan tale for at det bør foretas ytterligere undersøkelser av politiet.

3 Gjenstanden for innsyn etter EMK

Dette avsnittet behandler retten til dokumentinnsyn etter EMK kun i generelle trekk. Mer spesifikke spørsmål knyttet til EMK behandles underveis der dette anses nødvendig.

EMK har selv ingen regler som direkte angår mistenktes og forsvarerens innsynsrett, men konvensjonen med protokoller legger premisser og rammer for innsynsretten.^{15 16} EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven¹⁷ (mnskrl.) § 2, og skal ved motstrid gå foran all annen lovgivning, jfr. §3. Straffeprosesslovens bestemmelser må tolkes i lys av EMK, jfr. mnskrl. § 3, jfr. § 2, og gjelder ”med de begrensninger som følger av folkeretten”, jfr. strpl. § 4

Det er klart at dokumentinnsyn må følge av både EMK artikkel 5 og artikkel 6.

I Rt-2003-877 uttalte Kjæremålsutvalget:

*”adgangen til helt eller delvis å nekte dokumentinnsyn [...] må balanseres og begrenses av hensyn til siktedes prosessuelle rettigheter» etter bl.a. EMK artikkelene 5 og 6”.*¹⁸

Der mistenkte er pågrepet eller varetektsfengslet følger innsynsretten av EMK artikkel 5 nr.

4. Mistenkte kan kreve at frihetsberøvelsen skal kontrolleres av en ”domstol”, og det er

¹⁵ Se Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 20 og Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 14

¹⁶ Det samme gjør også FN-konvensjonen om sivile- og politiske rettigheter (SP), spesielt artikkel 14, men det er antatt at SP skal forstås på samme måte som tilsvarende regler i EMK (se Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 14). Jeg går derfor ikke nærmere inn på SP i denne avhandlingen.

¹⁷ Lov av 21. mai 1999 nr. 30

¹⁸ Avsnitt 28

lovligheten av frihetsberøvelsen som skal kontrolleres. Denne kontrollen skal ivareta hensynet til en rettferdig rettergang. Det er dermed klart at artikkel 5 kommer til anvendelse på etterforskningsstadiet. Etter artikkel 5 er det avgjørende at dokumentet inneholder: *"information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention"*.¹⁹ Det innebærer at innsynsretten er noe mindre omfattende her enn etter artikkel 6, hvor mistenkte i utgangspunktet skal ha rett til alt relevant materiale. EMK artikkel 5 vil gjelde kun for en begrenset periode, der mistenkte er pågrepet eller varetektsfengslet, mens artikkel 6 vil gjelde alle stadier av straffesaken. Aall²⁰ antar at artikkel 6 omfatter når en person får status som mistenkt etter straffeprosessloven, og at den gjelder på etterforskningsstadiet. Artikkel 6 vil etter dette kunne gi innsyn allerede på etterforskningsstadiet, og det vil derfor være denne bestemmelsen som blir det sentrale i avhandlingen.

Mistenkte vil etter artikkel 6 nr. 1 ha krav på en rettferdig og offentlig rettergang. Dokumentinnsyn er en viktig del av kravet om rettferdig rettergang, og er en sentral del av retten til kontradiksjon. Samtidig gis mistenkte tilstrekkelig tid og muligheter til å forberede sitt forsvar, jfr. artikkel 6 nr. 3 bokstav b.

Mistenktes forsvarer har også rett til innsyn i sakens dokumenter etter artikkel 6 nr. 3 bokstav c. Det er tilstrekkelig å gi forsvareren innsyn der mistenkte har forsvarer.²¹ Dersom mistenkte ikke har dette, kan han kreve å få se dokumentene selv.²² Innsyn skal stort sett gis uoppfordret. Praksis fra EMD gir klart inntrykk av at det er en grunnleggende rettighet for mistenkte og forsvareren å få innsyn i opplysninger påtalemakten vil bruke som bevis i saken.²³ Artikkel 6 gir likevel ikke noen ubegrenset adgang til saksdokumentene, og det kan ofte være like viktig for mistenkte å få tilgang til de opplysninger som

¹⁹ Garcia Alva mot Tyskland (avsnitt 42)

²⁰ Aall (1995) side 111

²¹ Kamasinski mot Østerrike (avsnitt 88)

²² Foucher mot Østerrike (avsnitt 35)

²³ Aall (1995) side 357

påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis. EMD har lagt til grunn i blant annet Rowe og Davis mot Storbritannia at artikkel 6 også i utgangspunktet inneholder et krav på innsyn i slike opplysninger. Disse opplysningene kan tale til mistenktes fordel, for eksempel opplysninger av betydning for mulige straffrihetsgrunner eller straffeutmålingen. I forarbeidene til § 242 uttales det følgende om artikkel 6: *"Samtidig følger det av systemet i EMK og av den nevnte avgjørelsen at det kan gjøres unntak fra retten til innsyn i opplysninger som ikke påberopes som bevis, på samme måte som for opplysninger som påtalemyndigheten vil påberope som bevis i saken"*.²⁴

Prinsippet om "equality of arms" er et sentralt prinsipp i innsynsretten, og tilsvarer det norske prinsippet om likestilling mellom partene. EMD har utviklet prinsippet med utgangspunkt i EMK artikkel 6, og innebærer at begge parter i saken skal ha lik tilgang til dokumenter og bevis.²⁵ Mistenkte og forsvareren skal i utgangspunktet ha rett til innsyn i alt relevant materiale. Det avgjørende er om materialet er relevant for personen det gjelder.²⁶ Det må foretas en konkret vurdering av dokumentets innhold, hvor innholdet må vurderes opp mot det straffbare forhold mistanken gjelder.²⁷ Imidlertid er det et vilkår at dokumentet må ha betydning for mistenktes forberedelse av sitt forsvar, ellers vil han ikke ha krav på innsyn.

Det foreligger også begrensninger i innsynsretten etter artikkel 6. Hensyn som taler for å avgrense innsynsretten kan være hensynet til nasjonal sikkerhet, beskyttelse av vitner, vern av politiets etterforskningsmetoder eller lignende.²⁸ Opplysningene kan imidlertid bare holdes tilbake dersom det er strengt nødvendig.²⁹

²⁴ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 21

²⁵ Foucher mot Frankrike (avsnitt 34), gjengitt i Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) side 22

²⁶ Se for eksempel Jespers mot Belgia (avsnitt 58 og 59)

²⁷ Magnussen (2006) side 25

²⁸ Edwards og Lewis mot Storbritannia (avsnitt 53)

²⁹ Jasper mot Storbritannia (avsnitt 52), Rowe og Davis mot Storbritannia (avsnitt 61), Fitt mot Storbritannia (avsnitt 45) og Rt-1991-1142 (side 1145)

4 Begrepet ”sakens dokumenter” og dets betydning

4.1 Innledning

Det er ”*sakens dokumenter*” innsynsretten knytter seg til etter § 242, og det er dette begrepet som vil bli behandlet i det følgende. Retten til dokumentinnsyn under etterforskning gjelder uavhengig av om etterforskningen er utenrettslig eller rettslig.

Etter § 242 første ledd første punktum skal: ”*mistenkte [og] hans forsvarer (...) på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter...*”.

Mistenkte og forsvareren vil i utgangspunktet ha rett til innsyn dersom dokumentet anses som et av ”*sakens dokumenter*”.³⁰ Der dokumentet ikke anses for å være et av ”sakens dokumenter”, faller innsynsretten bort. Begrepet ”*sakens dokumenter*” er derfor viktig for å forstå hva som er gjenstand for innsyn i forhold til bestemmelsene som hjemler innsynsretten.

Rettspraksis har fastslått at avgrensningen av ”sakens dokumenter” vil være den samme etter §§ 242 og 264.³¹ Bestemmelsene har derfor betydning overfor hverandre ved avgrensningen av begrepet ”sakens dokumenter”.

4.2 Hva utgjør en ”sak”

Begjæring om dokumentinnsyn må omfatte straffesakens dokumenter. Dette er en forutsetning for at mistenkte og forsvareren skal få innsyn i dokumentene. De kan kun få innsyn i egen sak, og det er adgangen til dokumentinnsyn i en verserende straffesak som er regulert i § 242. Dokumentene det begjæres innsyn i, må omfattes av den konkrete ”saken”, og det siktes her til straffesaken.³²

³⁰ Unntak fra innsynsretten behandles i kapittel 6.

³¹ Rt-2006-157 (avsnitt 20)

³² Rt-1993-313 (side 314)

Etter Rt-1993-1077 skal "sakens dokumenter" forstås som dokumenter som inneholder opplysninger og bevis om selve saksforholdet i vid forstand.³³ Det betyr likevel ikke at alle dokumenter som er knyttet til et forhold skal regnes som saksdokumenter. Høyesterett la til grunn i Rt-1993-1121 at politiet har en viss skjønnsmessig adgang til å vurdere hvorvidt arbeidsnotater om tips som mottas fra publikum, tysteropplysninger mv. skal gjøres til saksdokumenter og dermed falle inn under innsynsretten etter § 242. Det er klart at politiet ikke rettmessig kan forsømme dokumentasjonsplikten med det formål å begrense mistenktes og forsvarerens rett til innsyn.³⁴

Alle dokumentene som stammer fra etterforskingen, skal nummereres og føres inn på en dokumentliste. Dokumentlisten utgjør en enhet, og inneholder dokumenter og rapporter. Disse tilhører derfor saken og blir gjenstand for innsyn. Men dokumentasjonsplikten gjelder bare etterforskingsskritt som er foretatt, og ikke hva politiet planlegger å gjøre.³⁵ Ved vurderingen av hva som skal utgjøre en sak, må man derfor se på hva slags dokument som er innført i dokumentlisten over straffesaker, jfr. Rt-2004-1642.

Kjæremålsutvalget uttalte generelt om innsynsretten:

"Det er et riktig rettslig utgangspunkt som lagmannsretten her tar, at dokumenter som ikke er ført i dokumentfortegnelsen faller utenfor «sakens dokumenter» i forhold til straffeprosessloven § 242. Men mer enn et utgangspunkt er dette likevel ikke. Det sier seg selv at bevismateriale av betydning ikke kan holdes utenfor innsynsretten utelukkende ved at det ikke føres i dokumentfortegnelsen".³⁶

Dokumentlisten er dermed ikke avgjørende, men et utgangspunkt. Visse dokumenter kan forekomme å ikke bli ført opp på listen, for eksempel spaningsrapporter eller lydbånd fra telefonavlytting. Slike dokumenter kan være av betydning for mistenkte, men blir ikke

³³ Side 1080

³⁴ Rt-1993-1121 (side 1126) og Rt-2004-1642

³⁵ Rt-1999-498 (side 500)

³⁶ Avsnitt 11

brukt som bevis i saken. De er isteden ment som viktige kilder for politiet under etterforskning.

Elden kommer i sin artikkel³⁷ med krass kritikk mot påtalemyndigheten og deres håndtering av dokumentlistene, hvor det gjentatte ganger skal ha blitt oppdaget at dokumentsett ikke er komplette ut fra taktiske vurderinger. Dette fører til manglende kontradiksjon i forhold til mistenkte og forsvareren.

Dokumenter som har hatt tilknytning til saken på et tidligere tidspunkt, kan også omfattes av ”sakens dokumenter”. Slike dokumenter kan for eksempel være forvaltningsrettslige avgjørelser. Rettspraksis har lagt til grunn at dokumentene må ha tilknytning til etterforskningen for at de skal omfattes av innsynsretten.³⁸ Men en slik tilknytning er ikke tilstrekkelig, det må foreligge en saklig tilknytning. I tilfeller hvor det har foreligget uavhengig etterforskning vil det ikke foreligge saklig tilknytning, i motsetning til der hvor dokumentene er opphavet til etterforskningen. Et slikt syn blir lagt til grunn i LB-2008-177298, hvor lagmannsretten kom frem til at dokumenter utarbeidet av Politiets sikkerhetstjeneste (PST) i egenskap av å være forvaltningsorgan innenfor sikkerhetsrådgivning, ikke kunne regnes som en del av sakens dokumenter i straffeprosessuell forstand. Forsvareren krevde innsyn etter § 264 i dokumenter som befant seg hos PST. PST hadde ikke etterforsket saken, men hadde foretatt en sikkerhetsvurdering for fornærmede og hatt trygghetssamtaler med ham. Denne saksbehandlingen i PST var ikke etterforskning i straffeprosesslovens forstand, men en forvaltningsvirksomhet utført av et annet organ enn Oslo politidistrikt som etterforsket saken. Lagmannsretten presiserte at kravet om saklig tilknytning er et grunnvilkår for å si at dokumentmaterialet er en del av ”sakens dokumenter”, men at en slik tilknytning ikke uten videre er tilstrekkelig for rett til innsyn. Slik lagmannsretten ser det, er det klart at PSTs oppgaver er klart innenfor det Høyesteretts ankeutvalg omtaler som *”forvaltningsmessige oppgaver uavhengig av etterforskningen”*. Det fantes ingen holdepunkter for at dokumentene i PST var opprettet som ledd i eller som følge av etterforskingstiltak, og kravet om innsyn ble ikke tatt til følge.

³⁷ Elden (2002) side 57-58

³⁸ LB-2008-177298

Forvaltningsrettslige avgjørelser omfattes av "sakens dokumenter" der det foreligger saklig tilknytning mellom dokumentene og etterforskningen. Dessuten må det foretas en avgrensning mot dokumenter som stammer fra utførelse av forvaltningsmessige oppgaver uavhengig av etterforskningen. Det har også betydning om et annet organ forestår etterforskningen enn det organ som utførte forvaltningsmessig arbeid.

4.2.1 Flere mistenkte

Hva som skal anses som "sakens dokumenter" kan by på tvil der sakskomplekset omfatter flere mistenkte. Utgangspunktet etter straffeprosessloven er at en straffesak skal ha en mistenkt og gjelde ett straffbart forhold.³⁹ Men etter § 13 første ledd kan flere saker i enkelte tilfeller forenes til felles behandling, noe som er begrunnet ut fra prosessøkonomiske hensyn. Straffeprosessloven § 242 fjerde ledd er en følge av et slikt hensyn.

Etter § 242 fjerde ledd kan mistenktes og forsvarerens innsynsrett begrenses dersom det er flere mistenkte i saken. Lovens utgangspunkt er at alle har innsyn i samtlige av sakens dokumenter, med unntak av dokumenter som bare gjelder andre mistenktes forhold.⁴⁰ Mistenkte har i utgangspunktet ingen interesse i å se dokumenter som bare gjelder de medmistenkte, med mindre dokumentene inneholder opplysninger om mistenkte selv. Rettspraksis viser at alle dokumenter som gjelder etterforskningen av samme straffbare forhold, normalt vil kunne ha noe å si for samtlige mistenkte i saken.⁴¹ For eksempel vil de som er mistenkt for å ha medvirket til samme straffbare forhold, i utgangspunktet ha rett til innsyn i dokumenter som gjelder alle de øvrige mistenkte. I merknadene til § 242 i Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) side 192 uttaler departementet: *"Dersom det er flere mistenkte i en sak, bør retten til aktinnsikt ikke gjelde dokumenter som ikke har betydning for vedkommende*

³⁹ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess I side 65

⁴⁰ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) side 192 og Rt-2006-157

⁴¹ Se blant annet Rt-2004-854, Rt-2005-1137 og Rt-2006-157

selv.” Den mistenkte vil derfor i utgangspunktet kun ha rett til innsyn i den del av dokumentet som impliserer han.⁴²

I rettspraksis ble dette blant annet lagt til grunn i Rt-2004-854, hvor forsvareren ikke ble gitt innsyn i samtlige etterforskningsdokumenter i en ranssak der det var ni siktede. Forsvarerens innsynsrett begrenset seg kun til dokumenter som omhandlet klienten og ikke de medtiltalte. I avsnitt 17 uttaler kjæremålsutvalget:

”Utgangspunktet er at forfølgningen overfor en person utgjør en sak. Det siktede og forsvareren har krav på, er innsyn i de dokumenter som gjelder siktedes sak.”

Det avgjørende i forhold til saksbegrepet etter dette, er personen som forfølges og ikke lovbruddet. Det normale i saker er at der det er flere mistenkte for samme lovovertrødelse, vil antagelig være at de aller fleste av etterforskningsdokumentene har betydning for samtlige. Kjæremålsutvalget la også til grunn at det i enkelte saker, særlig i større sakskompleks, kan foreligge dokumenter som utelukkende gjelder/ har betydning for bare en av de mistenkte.⁴³

Uttalelsene ble kommentert og klargjort av kjæremålsutvalget i Rt-2004-1080, hvor forsvareren til en av de siktede i NOKAS- saken krevde innsyn i alle dokumentene i saken. I avsnitt 16 uttales det:

”I HR-2004-915-U avsnitt 17 uttaler kjæremålsutvalet at retten til innsyn gjeld «de dokumenter som gjelder siktedes sak». Dette blir nærare omtala i avsnitt 20 der det som føresetnad ligg til grunn at dette gjeld alle saksdokumenta som vedkjem eit lovbrøt, sjølv om det kan vere unntak etter § 242 fjerde ledd”.

⁴² Se Rt-1987-254 og Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess I side 65

⁴³ Se avsnitt 17 i sammenheng med avsnitt 20

Det er etter dette lovbruddet som er det avgjørende i forhold til saksbegrepet, og ikke personen som i Rt-2004-854. Mistenkte vil derfor i utgangspunktet ha rett til innsyn i alle sakens dokumentene, med den begrensning § 242 fjerde ledd innebærer for dokumenter som bare gjelder andre mistenkte. Løsningen som er lagt til grunn i rettspraksis er også i samsvar med reelle hensyn. Det vil ofte være en slik tilknytning mellom de som begår et lovbrudd i fellesskap, at hensynet til den enkeltes forsvar taler for at det gis innsyn i samtlige dokumenter. Det vil imidlertid oppstå problemer der man skal vurdere hvilken av de mistenktes sak det enkelte dokument skal anses som en del av. Ofte vil flere av dokumentene ha tilknytning til samtlige av de mistenkte, selv om det kan sies at dokumentet ikke er en del av hans sak. Det vil dessuten være problematisk i forhold til EMK om det skulle være personen som forfølges som var avgjørende i forhold til saksbegrepet, og ikke lovbruddet.⁴⁴ EMK foretar som tidligere nevnt en relevansvurdering.

Unntaket etter § 242 fjerde ledd medfører at man i enkelte tilfeller kan gjøre innsynsretten mindre omfattende for den enkelte. Det følger av kjennelsene over i sammenheng med ordlyden i § 242, at det skal en del til før unntaket etter fjerde ledd kommer til anvendelse. Det må være ganske klart at et dokument kun angår en av de andre,⁴⁵ og det må foretas en konkret vurdering av det enkelte dokument. Det avgjørende vil være om mistenkte har behov for å se dokumentene.

4.2.2 Innsynsrett i saker med berøringspunkter

Det oppstår tvilsspørsmål om hvordan saksbegrepet skal avgrenses for den enkelte sak, når det er opplysninger i en annen straffesak som gir foranledning til iverksetting av etterforsking, eller på annen måte har betydning for denne. Problemstillingen blir om alle opplysninger fra den saken som har gitt foranledning til etterforskningen, er å anse som ”sakens dokumenter” i den nye saken.

⁴⁴ Magnussen (2006) side 32

⁴⁵ Rt-2004-1080, avsnitt 19-21

Bjerke/Keiserud⁴⁶ uttaler om dette at politiet som ledd i etterforskingen ofte vil undersøke om mistenkte kan være skyldig i andre uopklarte forhold, både ved spørsmål til mistenkte og ved gjennomgang av dokumentene. Imidlertid må det være et vilkår at mistenkte også i relasjon til disse forholdene anses som mistenkt. Andorsen⁴⁷ er noe uenig i dette, og uttaler:

”I Orderud-saken nektet politiet forsvarerne innsyn i dokumentene fra etterforskingen av bombe- og attentatanslagene året forut mot ekteparten Orderud-Paust, visstnok med den begrunnelsen at de siktede i drapssaken ikke var mistenkt for dette. Etter min mening er en slik begrunnelse for avslag et feilspor; spørsmålet er om disse dokumentene er en del av « sakens dokumenter » i drapssaken, materielt sett, og det er det naturlig å si at de er på grunn av en trolig sammenheng mellom disse forutgående anslagene og drapene året etter.”

Det avgjørende for Bjerke/Keiserud er om en person er å anse som mistenkt, mens Andorsen gir uttrykk for at en slikt syn ikke er holdbart. Bjerke/Keiserud uttaler seg generelt om tilfeller med flere lovbrudd, mens Andorsen uttaler seg om tilfeller der sakene har tilknytning til hverandre. Det kan derfor synes som om disse forfatterne ikke er så uenige som det først kan virke som.

Rt-2004-1813 gjaldt spørsmål om dokumentinnsyn i en straffesak, der det ikke uten videre kunne gis innsyn i KK- materiale. Kjæremålsutvalget kom til at materialet ikke inngikk i den foreliggende sak, og begjæringen om innsyn ble ikke tatt til følge, jfr. § 242 fjerde ledd, jfr. § 264 siste ledd. Kjæremålsutvalget uttaler:

”Høyesteretts kjæremålsutvalg bemerker at begjæringen gjelder dokumenter som ikke er utarbeidet i saken mot A, og at de skriver seg fra en fase av etterforskingen som ikke omfattet ham. Materialet inneholder ikke opplysninger som vedrører As forhold. Det forhold at straffesaken mot A ble forent til felles behandling med straffesakene mot blant

⁴⁶ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 874

⁴⁷ Andorsen (2000) side 30

andre B og C innebærer ikke at det ikke fremdeles skal skilles mellom dokumenter som gjelder hans sak og dokumenter som ikke gjelder hans sak. Det er således fremdeles tale om forskjellige straffesaker, og påtalemyndigheten må ha en viss skjønnsmessig adgang til å vurdere hvilke dokumenter fra sakene mot B og C som skal inngå i saken mot A, jf. Rt-1993-1121 på side 1126.”⁴⁸

I Rt-2007-1435 krevde tiltalte innsyn i KK- dokumenter i en annen straffesak enn den sak tiltalen gjaldt, og hvor det var tilknytning mellom de to straffesakene. Høyesterett la til grunn at ”sakens dokumenter” i § 264 sikter til dokumenter som er blitt eller fremkommet under etterforskning av den sak tiltalen omhandler, slik at innsynsretten i utgangspunktet er begrenset til å gjelde slike dokumenter.⁴⁹ Samtidig la utvalget til grunn at materialet, sett i sammenheng med bevisene for øvrig, ikke ville være av betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet eller straffespørsmålet, og det var derfor ikke uriktig å nekte innsyn. Dersom dokumenter i en straffesak blir innhentet eller overlevert til bruk i en tilknyttet sak, vil disse dokumenter bli en del av sakens dokumenter i den tilknyttede saken.⁵⁰

Rettspraksis viser at tilknytning mellom sakene er et viktig moment, men det er viktig å legge til grunn at denne tilknytningen ikke kan være for fjern. Det er bare de dokumenter som forholdsvis klart er av betydning for den nye saken, som er å anse som ”sakens dokumenter”. Det vil også bero på påtalemyndighetens skjønn hvor stor del av dokumentet i opprinnelsessaken som tas inn i den nye saken.⁵¹ Men det er viktig at objektivitetsplikten etterleves ved avgjørelsen, og at påtalemyndigheten har for øye hvordan opplysningene vil kunne brukes fra en forsvarers ståsted.⁵²

⁴⁸ Avsnitt 22

⁴⁹ Avsnitt 37

⁵⁰ Avsnitt 41

⁵¹ Andenæs (2009) side 270

⁵² Rt-2007-1435 (avsnitt 38)

Når det gjelder den nærmere grensdragningen, sier rettspraksis og litteratur lite om den vurdering som må foretas, og hvor nær tilknytningen mellom sakene skal være. Det er likevel lagt til grunn at innsynsretten etter EMK artikkel 6 er mer omfattende enn hva som følger isolert sett av straffeprosesslovens regler.⁵³ Det avgjørende etter EMK er som tidligere nevnt en relevansvurdering, hvor det legges vekt på hvilke opplysninger mistenkte har behov for innsyn i. Det foreligger derfor to grunnlag for innsyn: Mistenkte skal ha innsyn i alle dokumentene som inngår i ”sakens dokumenter”, og dessuten i dokumenter som gjelder andre saker, dersom de inneholder opplysninger som er viktige av hensyn til mistenktes forsvar. Samtidig taler også det materielle sannhets prinsipp for at dersom opplysninger som er fremkommet i en straffesak, klart beviser at en person som er mistenkt i en annen sak er uskyldig eller på annen måte svekker mistanken mot ham, plikter påtalemyndigheten å sørge for at opplysningene inngår i den andre saken. Det materielle sannhetsprinsippet er en bærebjelke i straffeprosessen, og påtalemyndigheten har en særlig plikt til å påse at ingen uskyldige blir straffet.

4.3 Hva skal anses som et ”dokument”

Det første spørsmålet som melder seg er hvordan lovens dokumentbegrep er å forstå. Etter juridisk litteratur⁵⁴ skal dokumentbegrepet tolkes på samme måte som forvaltningslovens⁵⁵ og offentlighetslovens⁵⁶ regler om dokumentinnsyn.

Det er antatt at det i straffesaker kan være grunn til å gi dokumentbegrepet et noe videre omfang, slik at også lydbånd, film, magnetbånd og lignende hjelpemidler ved elektronisk databehandling omfattes.⁵⁷ Hva som ellers skal omfattes av dokumentbegrepet, vil normalt ikke by på problemer. Også kart, fotografier og skisser etc. må omfattes av begrepet.

⁵³ RG-2005-115

⁵⁴ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 872-873

⁵⁵ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. feb.1967

⁵⁶ Lov om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) av 19. juni 1970 nr. 69

⁵⁷ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 873 og Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 13

Endringen⁵⁸ av forvaltningsloven og offentlighetsloven i år 2000 førte til at dokumentbegrepet ble utvidet i forhold til tidligere, og lovene vil nå omfatte det meste av det som kan sies å være gjenstand for innsynsrett. Eksempler på objekter som fortsatt står utenfor dokumentbegrepet er gjenstander, spor og åsteder. Det kan likevel være fornuftig å opprettholde det vide dokumentbegrepet i straffesaker, dersom det skulle komme opp ting som ikke faller inn under dokumentbegrepet i offentlighetsloven eller forvaltningsloven, men som det likevel er praktisk å gi innsyn i. Dette er en følge av at hensynene bak innsynsreglene gjør seg gjeldende med større tyngde i straffesaker enn i forvaltningssaker.⁵⁹

Bing fremholder at hva som skal anses som ett dokument i relasjon til offentlighetsloven, må bero på innholdet i dokumentet.⁶⁰ Han mener at betydningen av hva som skal anses som ett dokument vil ha sammenheng med enkelte av unntakene fra innsynsretten. Dreier det seg om flere dokumenter, må vilkårene for å kunne nekte innsyn være oppfylt for hvert av disse. Samtidig gir han uttrykk for Frihagens tolkning av ett dokument: *"det må legges avgjørende vekt på om det fremtrer som en samlet fremstilling"*.⁶¹ Et notat, et vedlegg eller en rapport vil derfor være ett dokument.

4.4 Unntak for interne dokumenter

Interne dokumenter er ikke ment å skulle brukes som bevis i en eventuell rettssak, og de blir ikke ført inn i sakens dokumentfortegnelse.⁶² Slike opplysninger kan likevel være viktige for etterforskningen i den enkelte sak. At et dokument holdes internt, vil si at dokumentet kan holdes utenfor mistenktes og forsvarers innsynsrett.

⁵⁸ Lov om endringer i offentlighetsloven og enkelte andre lover av 15. desember 2000 nr. 98

⁵⁹ Magnussen (2006) side 26-27

⁶⁰ Bing (2004) side 607

⁶¹ i. c.

⁶² Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 873

Som tidligere nevnt, er det imidlertid både i rettspraksis og teori lagt til grunn at politiet har en skjønnsmessig adgang til avgjøre hva som skal utgjøre et dokument i saken.⁶³ Denne adgangen er ikke ubegrenset, og det må foretas en konkret vurdering av det enkelte dokument. I Rt-1991-1121, uttaler kjæremålsutvalget:

*”Utvalget er i og for seg enig med forhørsretten i at politiet må ha en viss skjønnsmessig adgang til å vurdere hvorvidt arbeidsnotater om tips som mottas fra publikum, tysteropplysninger mv skal gjøres til saksdokumenter og dermed falle inn under § 242, eller om de bare skal brukes som utgangspunkt for etterforskingen.”*⁶⁴

Kjæremålsutvalget presiserer dette noe i Rt-1991-1142, ved å legge vekt på at det ikke er adgang til å unnta dokumenter av bevismessig verdi eller dokumenter som har annen betydning for straffesaken.

4.4.1 Innstilling fra underordnet til overordnet påtalemyndighet

I rettspraksis er det lagt til grunn at innsynsretten ikke vil omfatte en innstilling fra underordnet til overordnet påtalemyndighet mv.⁶⁵ Dette er blant annet lagt til grunn i Rt-1993-1077, hvor spørsmålet var om siktede hadde rett til innsyn i statsadvokatens innstilling til riksadvokaten om påtalespørsmålet. Dette ble besvart benektende av kjæremålsutvalget. Utvalget uttalte følgende:

*”Avgjørelsen av spørsmålet om siktedes innsynsrett må etter utvalgets oppfatning i vesentlig grad bero på en avveining av reelle hensyn”.*⁶⁶

⁶³ Se Rt-1993-1121 og avhandlingens punkt 4.3

⁶⁴ Side 1126-1127

⁶⁵ Se blant annet Andorsen (2000) side 31 og Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 873

⁶⁶ Side 1081

Utvalget legger vekt på at man har et behov for å kunne jobbe internt og uforstyrret, før man eventuelt legger frem sine synspunkter.

I RG-1998-1077 ble det fastslått at interne arbeidsdokumenter innen POT og mellom POT og påtalemyndigheten faller utenfor innsynsretten. Hensikten med skillet var å skjerme de interne beslutningsprosessene i POT.

Andersen⁶⁷ antyder at det er usikkert hvor langt hensynet til en uforstyrret kommunikasjon mellom underordnet og overordnet påtalemyndighet strekker. Slike innstillinger er ikke beviser, men vurderinger og overveielser som gjør at påtalemyndigheten kan jobbe uforstyrret seg i mellom. Forskjellige hensyn gjør seg gjeldende. Mistenkte kan ha interesse i å få innsyn i mer sentrale beviser i saken, mens det samtidig kan oppstå fare for at det vil bli mindre åpenhet i de vurderinger som gjøres, dersom de blir tilgjengelig for innsyn.

EMD har lagt til grunn samme synspunkter som nevnt over. I Jespers mot Belgia,⁶⁸ var det ikke anledning til å holde tilbake slike dokumenter, da de inneholdt relevante opplysninger. Denne saken taler altså for at man må foreta en nærmere vurdering av om slike innstillinger kan unntas innsyn, og om innstillingen inneholder opplysninger som mistenkte har behov for å se til forberedelse av sitt forsvar. Mistenktes behov for tilgang til opplysningene må veie tyngre enn hensynet til å skjerme interne beslutningsprosesser.

⁶⁷ Andersen (2000) side 31

⁶⁸ Avsnitt 59 flg.

5 Innsynsretten på etterforsningsstadiet

5.1 Hvem har rett til innsyn

I medhold av § 242 er det den *mistenkte* og hans *forsvarer* som har rett til innsyn i sakens dokumenter. Begrepene er viktige for forståelsen av hvem som har rett til innsyn og når innsynsretten inntreffer.⁶⁹

5.1.1 Mistenkte

Etter § 242 har mistenkte rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Verken straffeprosessloven eller dens forarbeider inneholder noen definisjon av begrepet mistenkt. Vi må derfor gå til juridisk teori, hvor man står nokså fritt til å trekke grensen ut fra reelle hensyn.⁷⁰ Bjerke/Keiserud legger vekt på at det i hvert fall må kreves at det objektivt sett er, eller har vært, mistanke mot vedkommende fra politiets side. Det avgjørende må være om den mistenkte står så sentralt i etterforskningen at det er rimelig at mistenkte får adgang til å bruke domstolene i forsøk på å avkrefte mistanken.⁷¹ En person som er siktet, jfr. § 82, vil alltid anses som mistenkt.⁷² Hov uttaler noe av det samme, hvor han legger vekt på at en person får status som mistenkt når etterforskning iverksettes mot den som er anmeldt for en straffbar handling, der politiet uttrykkelig betegner en person som mistenkt eller der hvor politiet viser at det foreligger en særlig mistanke overfor vedkommende. Men det er et krav at den skyldige må finnes innenfor en begrenset krets. De mulige skyldige kan derfor ikke bestå av for mange individer.⁷³ Hov uttaler i den forbindelse at: ”..*bestemmelsen bør forstås på samme måte som strpl. § 241- at retten bare tilkommer en mistenkt som det pågår etterforskning mot.*”⁷⁴ Straffeprosessloven § 242 fremstår på denne måten som en forlengelse av § 241. Det er derfor ikke tilstrekkelig at en person formelt sett har status som

⁶⁹ Fornærmede har også rett til innsyn etter § 242. Jeg går ikke nærmere inn på fornærmedes rettigheter i denne avhandlingen.

⁷⁰ Andenæs (2003) Norsk straffeprosess. Bind I side 70

⁷¹ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 867

⁷² Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess I side 357

⁷³ Hov (2007) Rettergang II side 203

⁷⁴ *ibid.* side 204

mistenkt. Mistanken må fortsatt være aktuell. Det betyr at den formelle statusen som mistenkt kan vare lenger i forhold til hva som er reelt. Så lenge man ikke er under mistanke, har man ikke noe å forsvare seg mot, og dermed ikke like stort behov for innsyn.⁷⁵ Bjerke/Keiserud mener på sin side at det avgjørende må være om den som på en eller annen måte er blitt trukket inn i en etterforskning har behov for å gjøre gjeldende de rettigheter loven tillegger en mistenkt.⁷⁶

Andenæs mener sondringen mellom mistenkt og siktet ikke har så stor betydning som tidligere etter at straffeprosessloven av 1981 trådte i kraft. Etter nåværende lov er mistenkte på en rekke områder blitt likestilt med siktede. Dette gjelder også med hensyn til dokumentinnsyn. I straffeprosesslovens kapittel 18 brukes begrepet ”*mistenkt*” som en fellesbetegnelse på en som er siktet og en som er mistenkt uten å være siktet. Det er derfor ingen grunn til å skille disse begrepene i forhold til § 242.⁷⁷

Etter EMK artikkel 6 får siktede status som ”criminal charge”.⁷⁸ Selv om det sentrale området for artikkel 6 er domstolsbehandlingen av saken, viser tolkninger av begrepet at artikkelen kan få anvendelse på tidligere stadier, som for eksempel etterforskningsstadiet.⁷⁹ Begrepet skal tolkes autonomt, og det er ikke avgjørende at en person får status som siktet etter strpl. § 82.⁸⁰ Det betyr at der en person ikke er siktet etter nasjonal rett, men for eksempel bare er mistenkt, vil ikke dette ha noen betydning ved menneskerettighetsdomstolen.⁸¹

I konvensjonens forstand er en person å anse som siktet når mistanken påvirker situasjonen til vedkommende.⁸² EMD har oppstilt to kriterier for når en person får status som ”criminal

⁷⁵ Magnussen (2006) side 64

⁷⁶ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess I side 358 og II side 867

⁷⁷ Andenæs (2003) Norsk straffeprosess. Bind I side 70

⁷⁸ Etter norsk rett brukes oversettelsen ”straffesiktelse”

⁷⁹ Se avhandlingens kapittel 3

⁸⁰ Jebens (2004) side 386

⁸¹ I. c. og Høstmælingen (2003) side 192

⁸² Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 14

charge”: Det første er der hvor det er truffet vedtak om siktelse av kompetent myndighet og gitt formell underretning til vedkommende person. Det andre er der hvor det er besluttet eller gjennomført tiltak av en slik art at de innebærer en vesentlig påvirkning i personens situasjon.⁸³ Det må skje en konkret vurdering av den enkelte situasjon om det foreligger en ”criminal charge”. Det avgjørende må være om vedkommende har behov for rettighetene på det aktuelle tidspunktet, og hvor inngripende personens situasjon blir påvirket.⁸⁴ Det kan ikke stilles for omfattende krav til påvirkningen etterforskingen har på en person, da dokumentinnsyn er en viktig rettighet for den aktuelle personen. EMK artikkel 6 vil etter dette gi innsynsrett på etterforskningsstadiet, og får betydning der man etter straffeprosessloven får status som mistenkt.⁸⁵

5.1.2 Forsvarer

Straffeprosessloven § 94 hjemler retten til forsvarer. Den som er siktet for et straffbart forhold, har rett til å la seg bistå av forsvarer på ethvert trinn av saken. Denne retten må også antas å tilkomme en person som er mistenkt. Selv om ikke dette er uttrykkelig sagt i loven, er det forutsatt i både § 242 og i påtaleinstruksen⁸⁶ §§ 8-1 annet ledd og 8-4.⁸⁷

Forsvareren har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter etter § 242. Det avgjørende må være om denne personen har påtatt seg forsvareroppgaget. Det er ikke noe vilkår at vedkommende er oppnevnt som offentlig forsvarer. Bjerke/Keiserud antar at det kan være grunn til å anvende bestemmelsen analogisk overfor en advokat som mistenkte har henvendt seg til, men hvor advokaten vil se dokumentene før han tar stilling til om han

⁸³ Jebens (2004) side 386

⁸⁴ Aall (1995) side 106-109

⁸⁵ ibid. side 111 og Rt-2003-877 (avsnitt 31)

⁸⁶ Forskrift 28. juni 1985 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

⁸⁷ Hov (2007) Rettergang II side 204

vil påta seg oppdraget.⁸⁸ En advokat som mistenkte selv har engasjert kalles privat forsvarer, mens den offentlige advokaten blir oppnevnt i medhold av §§ 100 og 100a.⁸⁹ Den største forskjellen mellom offentlig og privat forsvarer, er at staten betaler for den offentlige, mens mistenkte selv må betale for sin privat engasjerte forsvarer. Dessuten har den offentlige advokaten større krav på å se dokumentene i saken, jfr. § 242 første ledd tredje punktum.

Etter § 242 første ledd annet punktum har den offentlig oppnevnte forsvarer fått en særstilling, i forhold til en forsvarer som er engasjert privat. Den oppnevnte forsvareren har som oppgave å ivareta mistenktes interesser ved rettens behandling av begjæringen, og synes således å kunne veie opp for nektet dokumentinnsyn, jfr. tredje ledd. Denne advokaten må ikke sette seg i forbindelse med mistenkte og samtidig bevare taushet overfor han. Forsvareren skal etter § 100a annet ledd ha krav på innsyn i sakens dokumenter med de begrensninger som følger av §§ 242 og 242a. En av forsvarerens oppgaver vil etter dette blant annet bli å påse at vilkårene for nektet innsyn er oppfylt, der det foreligger en begjæring om nektet innsyn.

Den offentlige forsvarer kan dessuten ikke nektes innsyn i dokumenter som enten fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøte, jfr. § 242 første ledd tredje punktum.⁹⁰ Forsvarerens rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter går i mange tilfeller lenger enn mistenktes egen rett.⁹¹

EMK regulerer også forsvarerens rettigheter i forhold til innsynsretten. Etter EMK artikkel 6 hører det til mistenktes minimumsrettigheter å kunne forsvare seg personlig eller ved en forsvarer etter eget valg. Der mistenkte har forsvarer, er det tilstrekkelig at forsvareren gis innsyn i dokumentene.⁹² Der mistenkte ikke har forsvarer, har han rett til å se dokumentene

⁸⁸ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 871-872

⁸⁹ Strpl. § 100 definerer offentlig forsvarer som en forsvarer oppnevnt av retten

⁹⁰ Se nærmere om dette under avhandlingens punkt 5.3

⁹¹ Rt-1991-167 og Rt-1993-1142

⁹² Kamasinski mot Østerrike (avsnitt 88)

selv.⁹³ Domstolen har lagt til grunn i flere av sine avgjørelser at minimumsrettighetene som følger av artikkel 6 nr. 3, er spesialreguleringer av retten til rettferdig rettergang etter artikkel 6 nr. 1.⁹⁴ Retten til forsvarer må sees på som et av hjelpemidlene mistenkte kan ta i bruk og som han har rett til etter artikkel 6 nr. 3 bokstav c. Der det er tilstrekkelig at kun forsvarer gis innsyn, kan forsvareren gis innsyn der hensyn taler mot å gi den mistenkte innsyn.⁹⁵

Etter praksis fra EMD er det ikke lagt til grunn et krav om særskilt oppnevnt forsvarer ved nektet innsyn.⁹⁶ Men det uttales at dette er en ekstra rettssikkerhetsgaranti, og kan være nødvendig i visse saker. Slike saker kan være der det er tale om kompliserte rettslige spørsmål eller der det foreligger anklage for alvorlige lovbrudd.⁹⁷

5.2 Hvordan skal innsyn gis?

Dersom vilkårene i § 242 er oppfylt, har mistenkte i utgangspunktet rett til innsyn i sakens dokumenter. Men denne innsynsretten inntreffer ikke automatisk. Mistenkte og forsvareren må etter § 242 fremsette en begjæring om innsyn. Begjæringen må gjelde straffesakens dokumenter, og det er påtalemyndigheten som treffer beslutningen.⁹⁸ Det er kun mulig å nekte innsyn dersom et av unntakene i § 242 første ledd kommer til anvendelse, noe som betyr at påtalemyndighetene ikke står fritt til å vurdere om en begjæring skal etterkommes. Dersom adgang til dokumentet blir nektet, kan spørsmålet kreves avgjort av retten ved kjennelse, jfr. paragrafens tredje ledd. Etter en endring i 2008⁹⁹ har alle som har rett til dokumentinnsyn etter første ledd, rett til å bringe en nektelse av innsyn inn for retten til prøving. Tidligere var det bare siktede og forsvareren som hadde en slik adgang.

⁹³ Foucher mot Østerrike (avsnitt 35)

⁹⁴ Se for eksempel Edwards mot Storbritannia (avsnitt 33)

⁹⁵ Jebens (2004) side 488

⁹⁶ Se blant annet Jasper mot Storbritannia (avsnitt 55)

⁹⁷ Hov (2007) Rettergang I side 82

⁹⁸ Andenæs (2003) Norsk straffeprosess bind I side 296

⁹⁹ Lov av 7. mars 2008 nr. 5

I Rt-2004-1308 kom Høyesterett til at påtalemyndigheten hadde anledning til midlertidig å avslå en begjæring om dokumentinnsyn, uten å foreta den konkrete vurderingen § 242 legger opp til. Saken gjaldt spørsmålet om påtalemyndighetens plikt til å ta stilling til en begjæring, hvor ressurs- og prioritethensynet måtte veie tyngre enn hensynet til mistenktes behov for kontradiksjon. Dette hensynet gjelder kun i saker av et visst omfang. Ved de mindre og mer oversiktlige sakene vil mistenktes hensyn veie tyngst.

Påtalemyndigheten må dessuten ta stilling til begjæringen kort tid etter at den blir fremsatt, og behandle den så raskt som mulig.¹⁰⁰ Derimot er det viktig at man ved saker med stor saksmengde ikke treffer beslutning om innsynsrett under hastverk, slik at innsynsspørsmålet blir behandlet feil og det blir oversett relevante hensyn. Blir dette derimot gjort, vil det kunne føre til at mistenkte får innsyn i dokumenter som burde vært holdt tilbake, noe som kan vanskeliggjøre etterforskningen.

Hensyn som taler mot en slik vurdering er mistenktes rett til kontradiksjon, men dette hensynet har ikke så stor vekt på et tidlig stadium av saken som det er senere. Dessuten er det kun i en begrenset periode innsyn kan nektes.

Straffeprosessloven § 242 inneholder ikke regler om hvordan retten til dokumentinnsyn skal gjennomføres, slike regler er gitt i påtaleinstruksen¹⁰¹ kapittel 16. Der bare forsvareren får innsyn, skal han etter anmodning få kopi av dokumentene eller få de originale saksdokumentene utlånt, jfr. påtaleinstruksen § 16-2. Forutsetningen for at forsvareren får kopi av dokumentene eller får låne dem, er at han ikke gir dem videre til mistenkte uten politiets tillatelse. Dette er også klart forutsatt i påtaleinstruksen.¹⁰²

Samtidig er det også lagt til grunn at forsvareren får taushetsplikt overfor mistenkte angående opplysninger han får kjennskap til. Denne taushetsplikten er ikke tidsbegrenset, men gjelder så lenge mistenkte er nektet innsyn.¹⁰³ Grunnen til disse restriksjonene er at

¹⁰⁰ Straffesaksinstruksen (2005)

¹⁰¹ Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten

¹⁰² Andenæs (2003) Norsk straffeprosess bind I side 297

¹⁰³ Rt-1993-1142 (side 1144)

mistenkte kan misbruke dokumentene, ved for eksempel å bruke dem til å påvirke vitner og medmistenkte, eller ved å spre personopplysninger til uvedkommende.¹⁰⁴

Verken § 242 eller påtaleinstruksen § 16-3 nevner noe om taushetsplikt, men taushetsplikt kan innfortolkes gjennom måten mistenkte gis innsyn på. Det er antatt i teorien¹⁰⁵ at bestemmelsene gir hjemmel for en slik plikt, hvilket har sammenheng med en ”fra det mer til det mindre”-betraktning. Det betyr at når påtalemyndigheten kan nekte både mistenkte og forsvarer innsyn i dokumentene, må den også kunne gjøre det mindre inngripende, å tillate forsvareren innsyn, men med taushetspålegg overfor mistenkte.

Mistenkte får derimot en mer begrenset rett, ved at han får dokumentene lest opp for seg eller han kan lese dem i politiets nærvær, jfr. påtaleinstruksen § 16-3 første ledd. Etter annet ledd kan mistenkte gis kopi av dokumentene når det anses ubetenkelig.

Et annet viktig spørsmål som oppstår ved begjæring om innsyn, er om denne også omfatter dokumenter som kommer til på et senere stadium i saken. Politiet har ingen plikt til å underrette mistenkte og forsvareren om nye dokumenter i saken underveis, eller sende kopi av saksdokumentene til dem. En slik plikt må i så fall ha blitt inngått mellom politiet og forsvareren.¹⁰⁶ Mistenkte og forsvareren har heller ingen mulighet til å sette frem en generell begjæring om å få gjøre seg kjent med dokumentene etter hvert som de foreligger.

Synspunktene som nevnt over, kan sies å være noe mer restriktive enn etter EMK, der mistenkte selv gis uoppfordret personlig tilgang til saksdokumentene.¹⁰⁷ Der relevante hensyn taler mot å gi mistenkte innsyn, vil det være tilstrekkelig at forsvareren gis slik tilgang til dokumentene.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Restriksjonene gjelder også en mistenkt uten forsvarer, jfr. Rt-1990-919 (side 921)

¹⁰⁵ Andorsen (2000) side 41

¹⁰⁶ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 880-881

¹⁰⁷ Jebens (2004) side 488

¹⁰⁸ ibid. Se i tillegg Kamasinski mot Østerrike

5.3 Dokumenter fremlagt i rettsmøte

Offentlig forsvarer kan ”ikke nektes adgang til dokumenter som fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøte”, jfr. § 242 første ledd tredje punktum. Slike dokumenter kan for eksempel være dokumenter utarbeidet i forbindelse med behandlingen av en fengslingsbegjæring eller et rettslig avhør. Forsvareren får her et sterkere krav på innsyn, og forsvarerens interesser slår igjennom overfor motstående hensyn. Det innebærer at disse dokumentene ikke kan unntas innsyn, men det er et vilkår at regelen kun gjelder offentlig forsvarer. Hvorfor den offentlige forsvarer har fått en mer ubetinget innsynsrett, sier forarbeidene ingenting om. Men det er vanligvis ved de mer alvorlige straffbare forhold at mistenkte har krav på offentlig forsvarer.

Etter § 242 første ledd tredje punktum får den offentlige forsvareren en tilleggsrett til innsyn i dokumenter som blir lagt frem i rettsmøte, ut over den retten både han og mistenkte har etter første punktum.¹⁰⁹ Når den offentlige forsvareren får innsynsrett, fremgår ikke klart av bestemmelsen, men det er antatt at han har krav på å få se dokumentene før rettsmøtet tar til.¹¹⁰ Forsvareren har ikke ubetinget rett til dokumenter som kommer til etter rettsmøtet.¹¹¹ Sakens dokumenter må anses for å utgjøre en enhet, og påtalemyndigheten har ikke adgang til ut fra en skjønnsmessig vurdering å beslutte at enkelte dokumenter skal unntas fra fremleggelse for retten og den offentlige forsvarer.¹¹² Mistenkte selv har ingen ubetinget innsynsrett. Unntak fra den offentlige forsvarerens innsynsrett, er gjort der det holdes rettsmøte for å avsi kjennelse hvor påtalemyndigheten gir avslag på begjæring om dokumentinnsyn, jfr. første ledd tredje punktum.

Spørsmålet om den offentlige forsvareren har taushetsplikt overfor mistenkte om opplysninger fremlagt i rettsmøte, er ikke løst i forarbeidene, men diskutert av

¹⁰⁹ Rt-2004-1080 (avsnitt 18)

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 35 (1978-79) side 192

¹¹¹ Andenæs (2009) side 273

¹¹² Se Rt-1993-1121 (side 1126) og Rt-2004-1080

Bjerke/Keiserud.¹¹³ Her uttales blant annet at det ikke kan være opp til den offentlige forsvarer selv om han vil bringe videre opplysninger, som mistenkte allerede er nektet adgang til etter § 242 første ledd første og annet punktum. I praksis er det lagt til grunn at forsvareren ikke kan gjøre nektelsen illusorisk ved å opplyse mistenkte om hva som står i dokumentene. Vil påtalemyndighetene hindre at mistenkte får opplysninger av forsvareren, kan forsvareren pålegges taushetsplikt i medhold av domstoloven¹¹⁴ § 128. Andorsen er noe kritisk til et slikt taushetspålegg.¹¹⁵ Taushetspålegget overfor forsvareren blir i praksis ikke sjelden møtt med at mistenkte nekter å forklare seg overfor politiet, og det skjer en opptrapping av interessekonflikten.

Regelen om en ubetinget innsynsrett for den offentlige forsvarer i dokumenter som fremlegges i rettsmøte, kan sees på bakgrunn av hensynet til kontradiksjon, likestilling mellom partene og mistenktes forsvar. Det ville være urimelig om forsvareren ikke fikk mulighet til å imøtegå dokumenter domstolen baserer sin avgjørelse på. Et slikt syn ville dessuten ikke være i tråd med EMK. I Garcia Alva mot Tyskland ble artikkel 5 ansett krenket. EMD fant at hensynet til etterforskingen ikke kunne legitimere nektet innsyn i forhold til alle typer av opplysninger, selv om hensynet til etterforskingen var relevant. Etter EMK artikkel 5 vil forsvareren i utgangspunktet ha krav på innsyn i dokumenter påtalemyndigheten legger frem i rettsmøte. Det kan her foretas en ytterligere begrensning i adgangen til å nekte innsyn, da det avgjørende ikke er om opplysningene er fremlagt eller ikke, men betydningen av innholdet i dem.

¹¹³ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 877-878

¹¹⁴ Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven)

¹¹⁵ Andorsen (2000) side 40-45

5.4 Koblingen mellom innsynsretten og bevisavskjæringsregelen i strpl. § 292

I Rt-1991-1142 utaler Høyesterett at innsynsretten i opplysninger fra kommunikasjonskontroll

*”i hvert fall [må] gjelde de dokumenter som ikke vil kunne nektes ført som bevis under hovedforhandlingen”.*¹¹⁶

Etter § 292 annet ledd, slik den lød da kjennelsen ble avsagt, kunne et bevis avskjæres dersom det gjaldt forhold som var ”uten betydning for saken” eller var ”tilstrekkelig bevist”. Det betyr at dokumenter som hadde noe å si for saken, ble gjort til saksdokument.¹¹⁷ Avgjørelsen førte lenge til at det ble ansett å være sammenheng mellom hva som kunne tillates ført som bevis og hva som var sakens dokumenter.

Ved lovendringen i 2002,¹¹⁸ ble § 292 annet ledd endret slik at retten nå kan avskjære bevis som er ”uten betydning for dommens innhold”. Den nye formuleringen er videre og medfører at bevis kan avskjæres i flere tilfeller enn tidligere.¹¹⁹

I Rt-2005-1137 uttales det at koblingen mellom §§ 242a og 292 ikke lenger kan opprettholdes. Saken gjaldt forsvarerens rett til innsyn i dokumenter knyttet til KK. Høyesteretts flertall kom frem til at materiale fra KK måtte vurderes etter de vanlige reglene om dokumentinnsyn, slik at dokumentene som stammet fra KK måtte omfattes av sakens dokumenter. Forsvareren ble gitt innsyn i alt materiale som var fremkommet gjennom KK. Retten la til grunn at bevisavskjæring etter § 292 gjelder hva som skal nektes ført som bevis under hovedforhandling, og ikke retten til innsyn på et tidligere tidspunkt.¹²⁰ Lovforarbeidene er ikke klare, og sier ingenting om hvor grensen skal trekkes angående

¹¹⁶ Side 1145

¹¹⁷ Dette er også lagt til grunn i senere praksis, se for eksempel Rt-2005-198

¹¹⁸ Lov 28. juni 2002 nr. 55

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 15

¹²⁰ Avsnitt 66

”sakens dokumenter”. Synspunktet ble fulgt opp i Rt-2007-99,¹²¹ hvor saken gjaldt begjæring om dokumentinnsyn vedrørende ran av maleriene ”Skrik” og ”Madonna”. Retten la til grunn at dokumenter som kan nektes ført for retten jfr. § 292, faller innenfor ”sakens dokumenter”, og kan ikke begrenses etter bestemmelsen. Utvalget viser også til Rt-2005-1137 og Rt-2006-95 i sin begrunnelse. Det er først under hovedforhandlingen at dommeren normalt har et rimelig grunnlag for å kunne ta standpunkt til hvilket materiale som kan ha betydning for saken.

Det må etter dette legges til grunn at bevisavskjæringsregelen i § 292 ikke lenger begrenser rett til innsyn i de dokumenter saken gjelder.¹²² Bevisavskjæringsadgangen under hovedforhandling er derfor ikke egnet som kriterium for hva som skal regnes som sakens dokumenter på etterforskningsstadiet.

5.5 Særlig om kommunikasjonskontroll (KK)

Temaet for dette avsnittet er hvordan ”sakens dokumenter” skal avgrenses i forhold til KK-materiale. Denne avgrensningen har gjennomgått en omfattende utvikling i rettspraksis de siste årene, og har ofte vært gjenstand for diskusjoner.

De aktuelle bestemmelsene for spørsmålet om innsyn i KK er kapittel 16a, § 100a annet ledd annet punktum, samt § 242 første ledd annet punktum¹²³. Etter § 216a tredje ledd defineres KK som blant annet: *”å avlytte samtaler eller annen kommunikasjon til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon som den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke”*.

Før lovendringen i 1992 var spørsmålet om KK kunne brukes som bevis under hovedforhandling ikke lovregulert. Spørsmålet om påtalemyndigheten kunne fremlegge slikt materiale som bevis, ble behandlet av Høyesterett i Rt-1991-1018. Høyesterett slo fast

¹²¹ Avsnitt 14-16

¹²² Se også Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 11, Rt-2007-1435 (avsnitt 31)

¹²³ Strpl. § 242 første ledd annet punktum ble tilføyd ved lovendring 3. des. 1999 nr. 82

at dersom det ikke var fastsatt noen begrensninger i lovgivningen, kunne påtalemyndigheten påberope KK- materiale som bevis, og tiltaltes rett til dokumentinnsyn måtte også omfatte KK- materiale.

Hvor langt denne innsynsretten gikk, ble avgjort i Rt-1991-1142. Her ble det fastslått at mistenkte ikke bare hadde rett til innsyn i KK- materiale som påtalemyndigheten hadde påberopt som bevis, men også i materiale som påtalemyndigheten hadde behandlet som ”interne dokumenter”, såfremt materialet ut fra de opplysninger det inneholdt, ikke kunne nektes fremlagt som bevis under hovedforhandling, jfr. § 292 annet ledd.

Den sistnevnte kjennelsen ble møtt med stor kritikk fra påtalemyndigheten, noe som førte til den nevnte lovendringen i 1992 og senere i 1999. Det er nå § 242 første ledd annet punktum som gjelder, og den fører til at unntak fra reglene om dokumentinnsyn utvides i saker hvor det er foretatt kommunikasjonskontroll. Opplysninger fra KK skal kunne nektes dersom innsyn kan skade etterforskningen av andre saker. Unntaksbestemmelsen innebærer en utvidelse av innsynsretten i slike opplysninger, og tar særlig sikte på to saker som har tilknytning til hverandre, hvor det vil skade etterforskningen i den ene saken om det gis innsyn i den andre. Bestemmelsen er mest praktisk i narkotikasaker.¹²⁴

I Rt-2004-2023 endret Høyesterett kurs når det gjelder innsynsrett i KK- materiale på etterforskningsstadiet. Det avgjørende for innsynsretten, var hvorvidt det aktuelle KK- materialet var brukt som ledd i etterforskningen av et straffbart forhold. Det er først når disse opplysningene er brukt som del av etterforskningen, at de blir en del av ”sakens dokumenter”. Høyesterett var delt i sin oppfatning av saken, med 3 mot 2. Førstvoterende med flertallet uttaler følgende i avsnitt 32:

”Etter min mening taler sammenhengen i regelverket og reelle hensyn sterkt for at så lenge opplysningene som stammer fra kommunikasjonskontroll ikke er brukt under

¹²⁴ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) side 163-164

etterforskingen, det vil si at de holdes interne, bør de omfattes av taushetspliktreglene i § 216i og falle utenom de alminnelige innsynsreglene i § 242 første ledd.....”.

Førstvoterende legger vekt på at slikt innsyn vil kunne skade etterforskingen.¹²⁵

Dokumentene ble ikke ansett for å være en del av sakens dokumenter, da de ikke var brukt under etterforskingen. Man hadde derfor ikke rett til innsyn etter § 242, da materialet var taushetsbelagt etter § 216i. Dessuten så førstvoterende ingen spesielle innskrenkninger i siktedes rettigheter.¹²⁶

Før KK- materialet er tatt i bruk av påtalemyndigheten under etterforskingen, har således verken mistenkte eller forvareren rett til innsyn i materialet.¹²⁷ Men om KK- materiale er tatt i bruk som ledd i etterforskingen, har mistenkte og forvareren rett til innsyn dersom ikke unntakene¹²⁸ etter § 242 første ledd annet punktum kommer til anvendelse.

Problemstillingen kom opp igjen for Høyesterett i Rt-2005-1137. Men nå var tiltale tatt ut, og innsynsretten måtte vurderes etter § 264. Forvareren har i utgangspunktet rett til innsyn etter denne bestemmelsen, men det var nå opp til retten å finne ut om det gjaldt et unntak fra hovedregelen angående KK- materialet. Høyesteretts flertall kom til at materialet fra KK måtte vurderes etter de vanlige reglene om dokumentinnsyn i § 264, og forvareren ble gitt innsyn i alt materiale som var fremkommet gjennom den utførte kommunikasjonskontrollen.¹²⁹ Dissens var 3-2, og flertallet uttalte følgende:

”Utgangspunktet for lovtolkinga er at lovteksten må vege tyngst. Ut frå lovteksten isolert må det vere slik at behandlinga av kommunikasjonskontrollmateriale skal følgje hovudregelen i § 264. Det går fram av lovteksten i § 292 at føresegna gjeld kva som kan

¹²⁵ Avsnitt 33

¹²⁶ Avsnitt 36

¹²⁷ Men den offentlig oppnevnte advokat kan ha slik innsynsrett etter strpl. § 100a

¹²⁸ Om disse unntakene, se kapittel 6

¹²⁹ Dette er også blitt lagt til grunn i Rt-2006-95 og Rt-2007-99.

nektast ført som bevis under hovudforhandling, og ikkje retten til innsyn på eit tidlegare tidspunkt”.¹³⁰

Samtidig uttales det om forarbeidene som ikke antas å være klare:

”Konsekvensen av dette er at behandlinga av materiale frå kommunikasjonskontroll følgjer dei vanlege reglane om dokumentinnsyn i straffeprosesslova § 264, på linje med det som elles gjeld”.¹³¹

Innsynsretten gjelder etter dette ”det samlede materiale” fremkommet ved kommunikasjonskontroll. Det vil si at mistenkte har rett til innsyn i alt skriftlig materiale som er opprettet i forbindelse med KK, og i alt materiale som har kommet frem ved gjennomføringen av KK, med unntak av dokumenter som bare angår øvrige mistenkte. Det er ikke noe vilkår at opplysningene er brukt i etterforskingen. Likevel gjøres det unntak for opplysninger underlagt bevisforbud, for eksempel opptak av samtaler mellom de tiltalte og forsvarerne, jfr. § 216g første ledd bokstav b.¹³²

Dersom man leser Rt-2005-1137 i sammenheng med Rt-2004-2023, kunne det synes uklart om avgrensningen av ”sakens dokumenter” er den samme før og etter tiltale.

Men en avklaring fulgte, som tidligere nevnt av Rt-2006-157, hvor det ble fastslått at avgrensningen av ”sakens dokumenter” må avgrenses likt på både etterforskningsstadiet og tiltalestadiet.

Utgangspunktet om at innsynsretten omfatter ”det samlede materiale”, er presisert i Rt-2006-95. Her kom flertallet i Høyesterett til at dokumenter utarbeidet i forbindelse med begjæring om innsynsnekt etter § 242a, omfattes av sakens dokumenter, jfr. § 264, jfr. § 242. Et slikt syn er nå fraveket gjennom § 242a syvende ledd, hvor

¹³⁰ Avsnitt 66

¹³¹ Avsnitt 67

¹³² Avsnitt 76

*”statsadvokatens begjæring etter første ledd og andre dokumenter knyttet til behandlingen av begjæringen inngår ikke i straffesaksdokumentene i den sak begjæringen knytter seg til, og skal ikke gjøres kjent for mistenkte og forsvareren”.*¹³³

Bærland¹³⁴ mener at 2004-kjennelsen sett i sammenheng med 2005-kjennelsen fører til at det er naturlig å tolke avgjørelsene slik at avgrensingen av ”sakens dokumenter” følger det utgangspunkt som ble lagt til grunn i 2005-kjennelsen. Videre anser han det som nokså klart at ”sakens dokumenter” etter disse avgjørelsene omfatter ”det samlede materiale”, uavhengig av om materialet er brukt eller ikke. Det gjøres imidlertid unntak for begjæring etter § 242a syvende ledd.

Rettstilstanden har igjen blitt modifisert gjennom Rt-2007-99. Kjæremålsutvalget fant i denne saken at dokumentene som knyttet seg til tilbakeleveringen av maleriene, i utgangspunktet hørte til sakens dokumenter og var omfattet av forsvarerens innsynsrett etter § 264. Utvalget la til grunn at § 292 ikke begrenset omfanget av ”sakens dokumenter”. Det skjer en avgrensing av ”sakens dokumenter” på generelt grunnlag, og det uttales ikke særskilt om KK- materiale. Men i samsvar med Rt-2005-1137 får Kjæremålsutvalgets uttalelser likevel direkte betydning for innsynsretten i KK- materiale.¹³⁵ Sakens dokumenter for KK- materialets vedkommende i forhold til § 242, må etter dette omfatte ”det samlede materiale”, uavhengig av om materialet har betydning for dommens innhold eller ikke.

¹³³ Se nærmere om dette i avhandlingens punkt 7.3

¹³⁴ Bærland (2007) side 142-143

¹³⁵ ibid. side 146

6 Unntak fra retten til dokumentinnsyn

6.1 Innledning

I medhold av § 242 har mistenkte og forsvareren i utgangspunktet rett til dokumentinnsyn. Etter bestemmelsens første og annet ledd er det oppstilt unntak fra dette på bakgrunn av hensynet til etterforskingen, tredjemann, rikets sikkerhet og forholdet til fremmed stat. Det må foretas en interesseavveining, hvor det enkelte dokument må vurderes individuelt.¹³⁶ Vurderingen må foretas i forhold til både mistenkte og forsvareren. Der dokumentene har vært fremlagt i rettsmøte, vil det ikke være anledning til å unnta disse for forsvareren.¹³⁷ Forsvareren kan få en videre adgang til innsyn enn mistenkte, men kan imidlertid pålegges taushetsplikt overfor mistenkte. I det følgende vil det bli sett nærmere på unntakene som følger av § 242 første og annet ledd. Unntakene gjelder kun på etterforskningsstadiet og er midlertidige.

6.2 Skade eller fare for etterforskingens øyemed

Straffeprosessloven § 242 første ledd første punktum inneholder forholdsvis vide unntak fra innsynsretten. For det første kan innsyn nektes der innsyn ikke kan skje *”uten skade eller fare for etterforskingens øyemed”*. Eksempel på dette kan være der det er fare for bevisforspillelse,¹³⁸ noe juridisk teori legger vekt på som det sentrale området for unntaket.¹³⁹ Formålet er å beskytte politiets kilder, men også å motvirke mistenktes påvirkning av andre mistenkte i saken eller få vitner til å avgi uriktig forklaring.¹⁴⁰ Det kan også legges vekt på om innsyn vil kunne føre til at mistenkte får mulighet til å tilpasse sin forklaring etter dokumentets innhold. Dette gjelder spesielt hvor mistenkte enda ikke har forklart seg.¹⁴¹ Hensynet er særlig aktuelt tidlig i etterforskingen, hvor skadevirkningene av

¹³⁶ Rt-1998-1853

¹³⁷ Se avhandlingens kapittel 5.3

¹³⁸ Inst. O. nr. 37 (1980-81) side 28

¹³⁹ Andorsen (2000) side 35 og Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 874

¹⁴⁰ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 874-875

¹⁴¹ Se for eksempel Rt-1991-167 og Rt-1995-1054.

mistenktes innsyn blir normalt større enn der etterforskingen har pågått en tid.¹⁴²

Andersen¹⁴³ er noe kritisk til vilkåret ”skade eller fare for” i § 242 første ledd. Han mener vilkåret er noe løst formulert, og det skapes usikkerhet om hva slags skade, og hvor stor eller nærliggende skade det er snakk om.

I Rt-2004-1308 avsnitt 42 uttales det hvordan farekriteriet skal forstås:

”Farekriteriet er oppfylt dersom dokumentinnsyn medfører en mulighet for bevisforspillelse - herunder å tilpasse egen forklaring. Sannsynlighetsovervekt kreves ikke. Det må foreligge noe i saken som tilsier at skadevirkningen kan inntre, og en teoretisk mulighet er ikke tilstrekkelig. Vurderingen må særlig foretas på bakgrunn av sakens art og omfang, hvilken mulighet dokumentene på det aktuelle tidspunktet gir for bevisforspillelse og tilpasning av forklaringer, og hva som står på spill for mistenkte. Avgjørelsen må som utgangspunkt treffes på grunnlag av objektive omstendigheter, men dersom det foreligger konkrete holdepunkter for at mistenkte vil misbruke dokumentene, vil dette kunne styrke et avslag på dokumentinnsyn”.

Det kan ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at dokumentinnsyn kan føre til fare for bevisforspillelse, men det er heller ikke tilstrekkelig at det foreligger en teoretisk mulighet. Et så lavt sannsynlighetskrav kan virke urimelig overfor mistenkte, ettersom han her fratas en viktig rettighet som dokumentinnsyn gir. Samtidig er dette kun en midlertidig nektelse og i enkelte tilfeller kan det være vanskelig å bevise at det foreligger en fare for etterforskingen.

EMD la til grunn i Garci Alva- saken¹⁴⁴ at forsvareren ikke kunne nektes innsyn i informasjon som var viktig for å kunne vurdere lovligheten av varetektsfengslingen. Mistenktes rettigheter ivaretas ved at forsvareren gis innsyn. På denne bakgrunn la

¹⁴² Rt-2003-877 (avsnitt 32)

¹⁴³ Andersen (2000) side 34-35

¹⁴⁴ Garcia Alva mot Tyskland (avsnitt 42)

kjæremålsutvalget til grunn i Rt-2003-877 at adgangen til helt eller delvis å nekte innsyn etter unntaket i § 242 første ledd, må balanseres og begrenses av hensyn til mistenktes prosessuelle rettigheter. Vurderingen kan føre til at innsyn må gis, selv om dette kan skade etterforskingen.

6.3 Skade eller fare for tredjemann

Straffeprosessloven § 242 første ledd første punktum oppstiller også et unntak fra innsynsretten, der hensynet til en tredjepersons sikkerhet er det sentrale. Bestemmelsen kan brukes der det er behov for å holde navnet på et vitne hemmelig og hvor forklaringen må helt eller delvis hemmeligholdes.¹⁴⁵ Begrepet ”tredjemann” omfatter ikke bare vitner, men også andre som har behov for beskyttelse.¹⁴⁶ Innsyn kan nektes der det foreligger en begrunnet frykt for at en person som er involvert i etterforskingen, kan bli utsatt for skade eller fare, dersom mistenkte blir kjent med vedkommendes identitet. Et slikt tilfelle kan for eksempel være der vitnets familiemedlemmer blir utsatt for fare. I forarbeidene blir det presisert at tredjepersons frykt for represalier må hvile på et realistisk grunnlag. Det siktes til faren for at et vitne kan bli forulempet dersom navnet på vitnet eller vedkommendes forklaring gjøres kjent for mistenkte eller forsvareren.¹⁴⁷ Hensynet gjelder bare på etterforskningsstadiet og skal tredjemann beskyttes ut over dette stadiet må enten vilkårene for anonym vitneførsel etter §§ 130a og 234a være tilstede, eller påtalemyndigheten må unnlate å bruke opplysningene som bevis og få utelukket mistenkte fra innsyn etter § 242a første ledd.

I Rt-1996-1736 kunne ikke kjæremålsutvalget se at lagmannsretten hadde bygget på en uriktig forståelse av § 242, da A var nektet innsyn i rettsbøker vedrørende vitneavhør. Følgende ble uttalt:

¹⁴⁵ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 875

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 14

¹⁴⁷ Innst. O. nr. 37 (1980-1981) side 28-29

*”En nektelse av innsyn i dokumenter etter straffeprosessloven § 242 må være tuftet på en begrunnet frykt for at vitnet vil kunne bli forulempet eller lignende”.*¹⁴⁸

Siktede satt varetektsfengslet med brev- og besøksforbud, og det var på det rene at han var avskåret fra å kunne påvirke eller skape frykt hos andre mistenkte eller eventuelle vitner i saken. På denne bakgrunn av siktedes reelle situasjon, kunne lovens vilkår om begrunnet frykt ikke anses å være oppfylt. Kjennelsen satt i sammenheng med Rt-2004-1308 viser at det må foreligge visse holdepunkter for at følgen skal inntre, en teoretisk mulighet er ikke nok. Hensynet til tredjemann veier tyngre enn forholdet til etterforskingen, slik at farekriteriet kan være oppfylt selv om sannsynligheten for følgen er lav. Forskjellige momenter gjør seg gjeldende ved vurderingen av om vilkårene er oppfylt. Eksempler kan være sakens art og omfang, konkrete holdepunkter for at følgen skal inntre slik at tredjemann utsettes for fare, og om det foreligger stor sannsynlighet for at tredjemann blir identifisert.

6.4 Dokumenter som bør holdes hemmelige av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat

Et ytterligere unntak oppstilles etter § 242 første ledd fjerde punktum hvor: *”Disse regler gjelder ikke dokumenter som bør holdes hemmelige av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat”*. Bestemmelsen kan sees på som noe uklar, da ordene *”disse regler”* kan tolkes noe forskjellig. Imidlertid legges det til grunn at bestemmelsen henviser til regelen om mistenktes innsynsrett i første punktum, og ikke bare særreglene i annet og tredje punktum.¹⁴⁹

Det må dreie seg om dokumenter som *”bør holdes hemmelige”*, og det må foretas en konkret vurdering.¹⁵⁰ Hemmeligholdelse er også nødvendig *”av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat”*. Forståelsen av dette uttrykket skal forstås på samme måte

¹⁴⁸ Rt-1996-1736 (side 1737)

¹⁴⁹ Hov (2007) Rettergang I side 123

¹⁵⁰ Rt-2000-752

som strl. § 90.¹⁵¹ Uttrykket ”rikets sikkerhet” i strl. § 90 refererer kun til den ytre sikkerheten, dvs. sikkerheten mot trusler eller angrep utenfra.¹⁵² Dette kan være i forhold til andre stater og i forhold til andre, som for eksempel terroristgrupper- og organisasjoner.¹⁵³ Dokumenter som bør holdes hemmelig av hensyn til ”forhold til fremmed stat”, kan også være dokumenter Norge har påtatt seg en folkerettslig forpliktelse til å holde hemmelige. Det avgjørende kan være om innsyn er skadelig for et videre samarbeid mellom landene.

Unntaket gjelder ikke bare mistenkte og forsvareren, men også offentlig forsvarer selv om dokumentene er fremlagt i rettsmøte.¹⁵⁴ Begrunnelsen for unntaket er at forsvareren ofte vil komme i en vanskelig situasjon dersom bare han og ikke mistenkte fikk se hemmelige dokumenter.¹⁵⁵ I teori¹⁵⁶ og praksis blir det lagt vekt på at der mistenkte kjenner til dokumentene og deres innhold, kan det heller ikke være noen grunn til at ikke forsvareren skal gjøres kjent med disse. Det legges også til grunn at forsvareren, og ikke mistenkte, kan gis innsyn i hemmelige dokumenter dersom forsvareren samtykker i betinget samtykke, og det ikke anses nødvendig av hensyn til rikets sikkerhet å holde dokumentene hemmelige overfor forsvareren.¹⁵⁷

Ved avgjørelsen av mistenktes rett til dokumentinnsyn må de etterforskningsmessige hensyn avveies mot mistenktes behov for innsyn. Hensynet til kontradiksjon og likestilling mellom partene taler for at forsvareren gis innsyn i dokumentene, slik at han kan ivareta mistenktes interesser. Men slikt innsyn bør kun gis i dokumenter som er viktige for at forsvareren kan ivareta mistenktes forsvar. En slik tolkning taler for at § 242 første ledd fjerde punktum kan

¹⁵¹ Magnussen (2006) side 79 og Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 878

¹⁵² *ibid.* side 80

¹⁵³ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) side 142

¹⁵⁴ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 878

¹⁵⁵ Innst. O. nr. 37 (1980-1981) side 277

¹⁵⁶ Bjerke/Keiserud (2001) Straffeprosess II side 878

¹⁵⁷ Rt-2000-752

tolkes innskrenkende slik at forsvareren kan gis innsyn der mistenkte nektes innsyn. Et slikt syn anses å være i samsvar med både EMK og reelle hensyn.

6.5 Anonym vitneførsel er begjært

En ytterligere begrensning i retten til dokumentinnsyn følger av § 242 annet ledd.

Bestemmelsen ble tilføyd i år 2000¹⁵⁸, og endringen inngikk i et større lovendringsarbeid.

Endringen er en naturlig følge av reglene om adgang til anonym vitneførsel etter §§ 130a og 234a. Bestemmelsen skal gjøre det lettere å arbeide ”under cover” i fremtidige saker, og gjøre det enklere å vitne der det er fare for at vitnet skal bli utsatt for en alvorlig integritetskrenkelse. Er det begjært anonym vitneførsel etter §§ 130a eller 234a, ”*kan mistenkte eller fornærmede ikke få innsyn i opplysninger som kan føre til at vitnets identitet blir kjent*”. Der det er begjært anonym vitneførsel kan mistenkte ikke få innsyn i opplysninger som kan gjøre han kjent med vitnets identitet. Det gjelder både opplysninger som kommer frem i forbindelse med en begjæring om anonym vitneførsel, og opplysninger fra selve avhøret.¹⁵⁹ Forsvareren skal opplyses om vitnets navn, så sant han ikke motsetter seg dette, jfr. § 130a fjerde ledd. Etter § 242 annet ledd tredje punktum kan forsvareren anke et avslag om innsyn etter første punktum på siktedes vegne.

Blir begjæringen om anonym vitneførsel avslått, er det opp til påtalemyndigheten å avgjøre om vedkommende likevel skal føres som vitne og under full identitet, jfr. § 130.

Det medfører ikke uten videre at mistenkte får innsyn der retten avslår begjæringen.

Reglene i første ledd gjelder i så fall bare der påtalemyndigheten velger å føre vitnet uten noe form for anonymitet, jfr. annet ledd annet punktum. Vilåårene for anonym vitneførsel er strenge, jfr. § 130a. Det kan spørres om det virkelig er nødvendig med bestemmelsens annet ledd på bakgrunn av at man etter første ledd allerede har unntak hvor det er fare for etterforskingen eller tredjemann. Men et slikt unntak vil ha større selvstendig betydning på senere stadier av straffesaken.

¹⁵⁸ Lov 28. juli 2000 nr. 73

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 40 (1999-2000) side 119

6.6 Strpl. § 242a

Unntakene som er gjennomgått overfor i punkt 6, er alle unntak som fremgår av § 242, men det finnes ytterligere unntak som oppstilles i § 242a. Denne bestemmelsen vil bli gjennomgått under punkt 7.

7 Nærmere om strpl. § 242a.

7.1 Innledning

Straffeprosessloven § 242a ble tilføyd ved lovendring 9. mai 2003 nr. 30, men er senere endret ved endringslov nr. 126 av 21. desember 2007. Norges folkerettslige forpliktelser hadde stor betydning ved utformingen av reglene og ble vurdert grundig av departementet. Det var særlig EMK og FN-konvensjonen om grenseoverskridende organisert kriminalitet (Palermo- konvensjonen) som var av sentral betydning.¹⁶⁰ Bestemmelsen antas å være i samsvar med de krav konvensjonene stiller.

Formålet med bestemmelsen er å gi påtalemakten bedre og større mulighet til å verne om sensitiv informasjon, samt beskytte politiets kilder og informanter.¹⁶¹ Behovet er særlig påtrengende i forbindelse med bekjempelse av narkotikakriminalitet og den organiserte kriminaliteten forøvrig.

Straffeprosessloven § 242a gjelder som en generell unntaksregel på alle trinn i saken.¹⁶² Bestemmelsen gir, som tidligere nevnt, hjemmel til å beslutte unntak fra retten til dokumentinnsyn etter § 242 i større utstrekning enn det som følger av § 242 selv. Bakgrunnen for bestemmelsen er den tidligere nevnte Rt-2002-1049 "Heroinsaken",¹⁶³

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 20 og 25

¹⁶¹ ibid. side 5, Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 5

¹⁶² Se henvisning til denne bestemmelsen i strpl. §§ 264 sjette ledd, 267 første ledd, 28 tredje ledd tredje punktum og påtaleinstruksen § 4-1 fjerde ledd tredje punktum, og Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 10

¹⁶³ Se avhandlingens punkt 1.2

hvor de dagjeldende innsynsreglene ikke gav tilstrekkelig vern om politiets kilder og informanter.

Den største forskjellen mellom § 242 og § 242a, er at § 242a åpner for å gjøre unntak fra retten til dokumentinnsyn for å beskytte gjenbruksverdien av politifolk som har deltatt skjult i etterforsking, politiets generelle metodebruk, samt opplysninger om andre straffesaker. Dessuten strekker § 242a seg lenger i forhold til § 242 når det gjelder unntak fra innsyn av hensyn til samarbeid med utenlandske myndigheter.¹⁶⁴

Innsyn kan bare nektes når nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Retten har ingen plikt til å avsi kjennelse om at innsyn kan nektes, men den må foreta en skjønnsmessig vurdering av om innsyn bør nektes. Selv om retten nekter innsyn, kan påtalemakten velge å gi innsyn.¹⁶⁵ Blir adgang til dokumentet nektet, kan spørsmålet kreves avgjort ved kjennelse av retten, jfr. § 242a tredje ledd. Bestemmelsen vil ha ulik betydning på de forskjellige stadiene i saken, men på etterforskningsstadiet vil den kunne ha dobbel hjemmel for å unnta dokumenter fra innsyn. For eksempel kan hensynet til tredjemanns sikkerhet begrunnes både etter § 242 og § 242a.¹⁶⁶

7.2 Hvem kan nektes innsyn?

Det er "*mistenkte og forsvareren*"¹⁶⁷ som kan nektes innsyn i medhold av § 242a.

Ved lovendringen i 2007 ble ordlyden endret fra å omhandle "siktete" til "mistenkte".

Dette må sees i sammenheng med endringen av § 82 tredje ledd, hvor mistenkte ved skjult etterforsking, ikke skal få status som siktet ved at påtalemyndigheten begjærer innsynsnekt etter § 242a.¹⁶⁸ Ved at mistenkte tidligere fikk status som "siktet" der påtalemyndigheten krevde innsynsnekt var uheldig ved skjult etterforsking.¹⁶⁹ Dersom mistenkte fikk

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 69

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 12

¹⁶⁶ Magnussen (2006) side 84

¹⁶⁷ Hvem som er å anse som henholdsvis "mistenkt" og "forsvarer", se avhandlingens punkt 5.1.1 og 5.1.2

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 26 og Innst. O. nr. 13 (2007-2008) punkt 1.4

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 26

kjennskap til at påtalemyndigheten hadde satt frem krav etter § 242a, ville han forstå at politiet hadde satt i gang etterforskning mot han.¹⁷⁰

Endringen har ført til at innsyn kan nektes overfor en person som er mistenkt for en straffbar handling, og overfor en større krets av personer enn tidligere.

Retten må vurdere om vilkårene i § 242a er oppfylt for mistenkte og forsvareren hver for seg. Videre kan retten beslutte at verken mistenkte eller forsvareren skal få innsyn i de aktuelle opplysningene, eller den kan beslutte at bare mistenkte nektes innsyn. Vilårene etter § 242a er strenge, og det vil for eksempel lettere foreligge "vesentlige betenkeligheter" der både mistenkte og forsvareren nektes innsyn, i motsetning til der bare mistenkte nektes innsyn.

Forslaget fra departementet om at innsyn kan nektes overfor forsvareren og ikke bare mistenkte, var et følsomt og komplekst tema. Forsvarerens taushetsplikt ga ikke tilstrekkelig vern mot lekkasjer, og det var derfor nødvendig med regler hvor også forsvareren kunne nektes innsyn i dokumentene. I forarbeidene ble det fremhevet at de fleste forsvarere overholder sin taushetsplikt, men en rettstilstand helt uten muligheter til å begrense innsyn også overfor forsvareren, ville føre til at politiet ikke kunne motta viktig informasjon og bekjempe kriminalitet.¹⁷¹ Dette hensynet må veie tyngre enn risikoen for at forsvareren ikke overholder sin taushetsplikt. Samtidig vil den særskilt oppnevnte advokaten i medhold av § 100a ivareta mistenktes interesser.¹⁷²

Der retten beslutter at bare mistenktes forsvarer gis innsyn, blir forsvareren pålagt taushetsplikt overfor sin klient og andre, jfr. § 242a fjerde ledd. Risikoen for at taushetsbelagte opplysninger kommer videre til mistenkte eller uvedkommende, må veies mot at forsvareren gis innsyn. Forarbeidene legger vekt på sannsynligheten for at forsvareren forsettlig bringer opplysningene videre til klienten, samt risikoen for at

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 26

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 31-35

¹⁷² ibid. side 50. Se nærmere om den særskilte offentlige oppnevnte forsvarer i avhandlingens punkt 5.1.2

forsvareren kan bli truet og presset til å gi opplysningene videre.¹⁷³ Selv om forsvareren gis innsyn, har han ingen plikt til å benytte seg av denne retten.¹⁷⁴ I Rt-2005-209 uttaler kjæremålsutvalget at nektelse av innsyn overfor forsvarere reiser tungtveiende rettssikkerhetsspørsmål og burde praktiseres med stor varsomhet. Men det legges også vekt på at det er viktig for politiet å ha denne muligheten til å begrense innsyn, slik at politiet fortsatt kan motta viktig informasjon uten fare for at opplysningene kommer mistenkte til kjennskap.

7.3 Hva kan det nektes innsyn i?

Det er ”opplysninger” påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis det kan nektes innsyn i etter § 242a, i motsetning til § 242 hvor det er ”sakens dokumenter” som er gjenstand for innsynsrett. Begrepet ”opplysninger” må antas å være noe snevrere enn dokumentbegrepet fordi § 242a oppstiller et unntak fra retten til innsyn etter § 242.¹⁷⁵ For at mistenkte skal ha krav på innsyn, må opplysningene være nedtegnet i et dokument. Det er ikke adgang til å nekte innsyn i hele dokumentet, men kun i de deler av dokumentet som inneholder opplysninger som kan unntas. Der hvor innsyn kan gis i deler av et dokument, må disse opplysningene gjøres tilgjengelige på en hensiktsmessig måte, ved for eksempel at de unntatte opplysningene sladdes.¹⁷⁶ Ofte kan hele dokumentet bli unntatt innsyn, dersom innsyn i deler av dokumentet røper opplysninger som skal hemmeligholdes.¹⁷⁷

Lovendringen i 2007 førte til ytterligere begrensninger i mistenktes innsynsrett.

Påtalemakten fikk da større mulighet til å unnta ”inngangsopplysninger” fra innsyn, samt opplysninger knyttet til selve begjæringen. Det ble inntatt et nytt tredje ledd i § 242a:

¹⁷³ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 50

¹⁷⁴ *ibid.* side 53

¹⁷⁵ Magnussen (2006) side 86

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 24 (2002-2002) side 74

¹⁷⁷ I. c.

”Retten kan på vilkår som nevnt i første og annet ledd også nekte innsyn i opplysninger som er fremlagt for retten som grunnlag for avgjørelse om bruk av tvangsmidler som nevnt i §§ 200 a, 202 c, 202 e, 208 a, 210 a, 210 c, 216 a, 216 b, 216 m og 222 d.”

Tredje ledd skal beskytte ”inngangsupplysninger” fra å komme til mistenktes kunnskap. Inngangsupplysninger er opplysninger lagt frem for retten som grunnlag for ekstraordinære tvangsmidler, og kan være informasjon politiet har skaffet seg ved bruk av politimetoder, informantopplysninger eller samarbeid med andre land.¹⁷⁸ Bakgrunnen for endringen er Rt-2005-1137, hvor retten konkluderte med at dokumenter utarbeidet i forbindelse med saksbehandlingen etter straffeprosessloven kapittel 16a, er å anse som ordinære straffesaksdokumenter, og mistenkte kan gis innsyn i slike dokumenter. Riksadvokaten er i sitt brev til Justisdepartementet¹⁷⁹ kritisk til at slikt innsyn gis, ved at mistenkte får kunnskap om opplysninger vedrørende årsaken til at det ble igangsatt etterforskning mot han. Dette svekker muligheten til å beskytte politiets metoder og kilder, og fører samtidig til at politiet får vesentlige vanskeligheter med å sette i gang etterforskning mot kriminelle. Det har tidligere vært uklart om § 242a har vært anvendelig på slike tilfeller som omtalt, men endringen har bidratt til at dette nå er lovfestet. Etter lovendringen kan mistenkte nektes innsyn i opplysninger som danner grunnlag for å ta i bruk tvangsmidler. Innsyn i slike opplysninger kan bare nektes dersom de øvrige vilkårene i bestemmelsens første og annet ledd er oppfylt.

Lovendringen førte også med seg et nytt syvende ledd, som regulerer de prosessuelle rettighetene til mistenkte og forsvareren.¹⁸⁰ Syvende ledd første punktum lyder:

”Statsadvokatens begjæring etter første ledd og andre dokumenter knyttet til behandlingen av begjæringen inngår ikke i straffesaksdokumentene i den sak begjæringen knytter seg til, og skal ikke gjøres kjent for mistenkte og forsvareren”.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 24 (2002-2002) side 17

¹⁷⁹ Brev 7. juli 2006 fra Riksadvokaten til Justisdepartementet, punkt 2.3.1

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 35

Det betyr at dokumenter knyttet til innsynssaken ikke skal regnes som ”sakens dokumenter” i en straffesak. Innsynssaken skal anses som egen sak.¹⁸¹ Forarbeidene uttaler at mistenkte og forsvareren ikke har et særlig behov for å se dokumentene i innsynssaken. Dette fordi dokumenter tilknyttet en § 242a- sak inneholder opplysninger for å stadfeste at vilkårene i loven for å nekte innsyn er til stede, og ikke inneholder informasjon som opplyser straffesaken.¹⁸²

Syvende ledd første punktum slår fast at mistenkte og forsvareren ikke har rett til innsyn i dokumenter tilknyttet innsynssaken. Saken om å nekte innsyn etter § 242a og den underliggende straffesaken som innsynsspørsmålet knytter seg til, skal anses som to separate saker.

Syvende ledd annet punktum fastsetter derimot at §§ 216e annet ledd og 216 i første ledd første punktum skal gjelde tilsvarende. Henvisningene går ut på at avgjørelsen treffes uten at mistenkte eller den som avgjørelsen ellers rammer, gis adgang til å uttale seg, og kjennelsen blir ikke meddelt dem. Dessuten skal alle bevare taushet om at det er begjært eller besluttet innsynsnekt i en sak, samt opplysninger som fremkommer under behandlingen av begjæringen.

Etter syvende ledd tredje punktum skal den særskilte advokaten oppnevnt i medhold av § 100a, meddeles kjennelsen. Der påtalemyndighetens begjæring om innsynsnekt ikke tas til følge, vil mistenkte eller forsvareren ikke få kjennskap til begjæringen. Etter bestemmelsens fjerde punktum skal de derimot meddeles en kjennelse hvor avgjørelsen går ut på å unnta opplysninger fra innsyn. De prosessuelle rettighetene til mistenkte er svært begrenset når det gjelder behandlingen av en nektelsessak, og det er kun slutningen han skal gjøres kjent med, ikke premissene.¹⁸³ Ved skjult etterforskning kan meddelelsen utsettes til den mistenkte får underretning om etterforskningen, jfr. syvende ledd femte punktum.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) side 35

¹⁸² ibid. side 26

¹⁸³ ibid. side 35

7.4 Vilkårene for å nekte innsyn etter strpl. § 242a

Straffeprosessloven § 242a oppstiller flere vilkår som må være oppfylt før innsyn kan nektes. Etter første ledd bokstav a-d er det oppstilt fire alternative vilkår som bygger på hvilke ulike interesser de forskjellige bestemmelsene er ment å verne. Å nekte mistenkte og eventuelt forsvareren innsyn, må begrunnes i et av disse alternativene.

Etter første ledd annet punktum er det oppstilt to skjønnsmessige vilkår som må være oppfylt: unntak fra dokumentinnsyn kan bare besluttet dersom det er *strengt nødvendig*, og det ikke medfører *vesentlige betenkeligheter av hensyn til mistenktes forsvar*. Dessuten kan innsyn bare nektes i *opplysninger påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis i saken*. Det kan tenkes at mistenkte har interesse i å få innsyn i slike opplysninger som ikke blir påberopt som bevis i saken, da mistenkte kan vurdere opplysningene annerledes enn det påtalemyndigheten gjør. Det er derfor viktig at domstolen vurderer hvorvidt vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. En slik vurdering kan hindre at påtalemyndigheten holder tilbake viktige bevis. Vilårene i § 242a første ledd annet punktum må sees på bakgrunn av nettopp dette. Det er dessuten ikke påtalemyndighetene alene som vurderer opplysningens betydning for mistenkte, men det er retten som tar beslutningen om innsynsnekt.

Etter annet ledd er det et krav til enten strafferammen eller strafferammebestemmelsen for at reglene i første ledd første punktum bokstav b-d skal komme til anvendelse. Et slikt krav gjelder ikke etter første ledd bokstav a.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Nærmere om dette under pkt.7.4.3

7.4.1 Kumulative vilkår

7.4.1.1 Påtalemyndigheten vil ikke påberope seg de aktuelle opplysninger som bevis i saken

For det første er det et vilkår etter § 242a første ledd første punktum at innsyn bare kan nektes i *opplysninger påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis i saken*. Det er opplysninger av bevismessig verdi det her siktes til, og det vil etter en naturlig språklig forståelse være materiale som har betydning for skyld- og straffespørsmålet.

Det må antas at dette omfatter opplysninger som fremlegges for retten, ut fra en tolkning av ordlyden i bestemmelsen.¹⁸⁵ På etterforskningsstadiet vil bevis påberopt for å begrunne varetektsfengsling eller bruk av andre tvangsmidler være det mest aktuelle, men slike bevis vil ikke kunne unntas etter § 242a.¹⁸⁶ Tilsvarende gjelder også opplysninger påtalemyndigheten planelegger å påberope som bevis på et senere stadium i saken.¹⁸⁷ Dersom det er besluttet innsynsnekt i opplysninger, men påtalemyndigheten etter en fornyet vurdering likevel ønsker å påberope disse som bevis, kan dette løses ved at mistenkte og forsvareren gis innsyn.¹⁸⁸ Det er derfor ingenting i veien for at påtalemyndigheten ombestemmer seg og senere velger å legge frem opplysningene som bevis.

7.4.1.2 "Strengt nødvendig"

Videre er det et vilkår etter § 242a første ledd annet punktum at unntak fra innsyn må være *"strengt nødvendig"*. Uttrykket er også anvendt i §§ 130a og 234, og skal forstås på samme måte som disse bestemmelsene.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Magnussen (2006) side 87

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 69-70

¹⁸⁷ *ibid.* side 70

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 70

¹⁸⁹ *ibid.* side 72

I forarbeidene¹⁹⁰ er det uttalt at unntak fra innsyn er påkrevd for å sikre de verdier som ligger bak unntakene i bokstav a-d. Det må foretas en rimelighetsvurdering av retten i den konkrete situasjon, hvor for eksempel andre beskyttelsestiltak spiller inn. Det skal mye til før unntak fra dokumentinnsyn kommer til anvendelse, dersom god nok beskyttelse kan oppnås ved andre beskyttelsestiltak.¹⁹¹

EMD¹⁹² har i flere av sine avgjørelser gitt uttrykk for at unntak fra innsyn må være strengt nødvendig, noe forarbeidene til bestemmelsen har lagt stor vekt på.¹⁹³ Det foreligger lite veiledning angående vilkåret og man overlater vurderingen til de nasjonale domstolene.

7.4.1.3 "Vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar"

Det kan dessuten ikke kreves innsynsnekt der det vil medføre "*vesentlige betenkeligheter av hensyn til den mistenktes forsvar*", jfr. § 242a første ledd annet punktum.

Ut fra en tolkning av ordlyden må det legges til grunn at det skal en del til før påtalemyndighetens begjæring kan avskjæres. Bakgrunnen for vesentlighetskravet er i følge forarbeidene at formålet med lovendringen vanskelig kan ivaretas godt nok dersom vilkåret ble snevrere formulert, for eksempel slik at innsyn kan nektes dersom opplysningene var av "betydning" for mistenktes forsvar.¹⁹⁴

Utgangspunktet for vurderingen må være om opplysningene er av en slik art at forsvaret vil være tjent med å få tilgang til dem.¹⁹⁵ Ved vurderingen er ikke enhver opplysning av betydning. Det må vurderes hvor stor betydning opplysningene kan ha for mistenktes forsvar. Videre må det foretas en forholdsmessighetsvurdering, hvor desto strengere straff mistenkte risikerer, jo lettere vil vesentlighetskravet være oppfylt.¹⁹⁶ Hva som egentlig

¹⁹⁰ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 72

¹⁹¹ *ibid.* side 41

¹⁹² Rowe og Davis mot Storbritannia (avsnitt 61) og Edwards og Lewis mot Storbritannia (avsnitt 53)

¹⁹³ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 41

¹⁹⁴ *ibid.* side 48

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 73

¹⁹⁶ *l.c.*

ligger i uttrykket ”vesentlige betenkeligheter” kan variere og er noe usikkert. Det er i utgangspunktet klart at spørsmålet om det foreligger ”vesentlige betenkeligheter”, må vurderes ut fra betydningen de aktuelle opplysninger har i forhold til mistenkte, og det må foretas en totalvurdering. Det er lagt til grunn at bevisavskjæringskriteriet ”betydning for dommens innhold” i § 292 ikke kan leses så snevert som kriteriet ”vesentlige betenkeligheter av hensyn til den mistenktes forsvar”.¹⁹⁷

Rt-2006-651 gjaldt begjæring om nektelse av dokumentinnsyn overfor tiltalte i sak om grovt ran, jfr. § 242a (NOKAS). Kjæremålsutvalget uttalte at opplysninger som kunne ha en viss betydning for skyldspørsmålet eller straffespørsmålet etter omstendighetene ville kunne unntas fra innsyn.

Kjæremålsutvalget modifiserer noe av dette i Rt-2007-321 og antar likevel at man her ikke kan gå for langt. Vil opplysningen kunne ha en ikke ubetydelig betydning for straffutmålingen, i den forstand at straffen vil kunne bli klart lavere dersom mistenkte og forsvareren gis tilgang til dem, vil innsyn ikke kunne nektes. Det kan for eksempel være tilfelle der opplysninger bidrar til å avklare mistenktes rolle i saken.¹⁹⁸

Dersom det fremstår som usikkert hvor stor betydning opplysningene har, taler dette for at det ikke foreligger ”vesentlige betenkeligheter”. Retten kan som en mellomløsning gi forsvareren innsyn der mistenkte nektes innsyn.¹⁹⁹ Viktige forhold gjør seg gjeldende i denne vurderingen, for eksempel risikoen for at opplysningene kommer videre til mistenkte, eller risikoen for at forsvareren kan bli truet eller presset til å gi opplysningene videre. Mistenktes forsvar blir langt på vei ivaretatt ved at bare forsvareren gis innsyn. Der saken dreier seg om flere som samvirker ved en forbrytelse, vil opplysningenes betydning for forsvaret kunne bero på den enkeltes rolle i saken. Ved vesentlighetsvurderingen vil det ha betydning hvor stor rolle opplysningene har for den enkelte mistenktes forsvar.²⁰⁰

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 73 og Rt-2006-650

¹⁹⁸ Avsnitt 47

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 73

²⁰⁰ Rt-2006-650

7.4.2 Alternative vilkår

7.4.2.1 Andres live, helse eller frihet

Etter § 242a første ledd bokstav a kan innsyn nektes dersom det er fare for *”en alvorlig forbrytelse mot noens liv, helse eller frihet”*.

Det er her hensynet til andres sikkerhet som det skal legges vekt på, slik at ingen blir utsatt for en forbrytelse. I følge forarbeidene skal begrepet *”alvorlig forbrytelse mot noens liv, helse eller frihet”* forstås på samme måte som i straffelovens bestemmelser §§ 39, 39a og 39c, samt strpl. §§ 130a og 234a.²⁰¹ Eksempler på slike forbrytelser kan være alvorlig voldsforbrytelse, seksualforbrytelse, frihetsberøvelse eller ildspåsettelse. Dersom de øvrige vilkår er oppfylt, krever ikke loven at en bestemt person er i fare, jfr. uttrykket *”noens”*. Ofte vil det være mistenkte selv som utgjør en eventuell fare, men dette er ikke noe vilkår. Det kan også foreligge fare der personer fra mistenktes miljø kan begå en forbrytelse mot noen. Retten må foreta en totalvurdering av farekriteriet, hvor det har betydning om for eksempel mistenkte har opptrådt truende overfor den det gjelder. Det kan imidlertid ikke kreves at slike trusler er satt frem. Retten må isteden vurdere faren for at kilden eller informanten kan bli utsatt for en forbrytelse, dersom det blir kjent at nettopp denne personen har gitt opplysninger. Et annet moment som spiller inn er arten av den forbrytelse som mistanken gjelder. Jo mer fare det er for at en alvorlig forbrytelse skal inntre, desto mindre krav må det stilles til sannsynligheten for at noen kan bli utsatt for forbrytelsen. Det er ikke tilstrekkelig med en rent teoretisk mulighet.²⁰² Sannsynlighetskravet blir derfor noe forskjellig etter hvilken situasjon man er i. En rent subjektiv frykt ikke nok, det må foreligge objektive holdepunkter for at en alvorlig forbrytelse skal inntre.²⁰³

²⁰¹ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 70

²⁰² ibid. side 71

²⁰³ ibid. side 70

Alternativet i bokstav a, står i en særstilling i forhold til de andre alternativene i første ledd, og inneholder ingen strafferammekrav.²⁰⁴

7.4.2.2 Deltagelse i skjult etterforsking

Innsyn kan nektes etter bokstav b dersom det er fare for at *”muligheten for en person til å delta skjult i etterforskingen av andre saker som nevnt i annet ledd, blir vesentlig vanskeliggjort”*.

Etter denne bestemmelsen er det først og fremst ”gjenbruksverdien” av politifolk som jobber med skjult etterforsking som skal beskyttes.²⁰⁵ De har ofte lang erfaring på området, og hvis disse blir gjenkjent kan de ikke lenger brukes i slike oppdrag. Dette vil påvirke etterforskingen og kompetansen på området, ved at politi- og påtalemyndighetens evne til å etterforske og følge opp lovbrudd blir svekket.

Med ”skjult etterforsking” siktes det særlig til infiltrasjon og spaning, men også andre former for skjult etterforsking omfattes.²⁰⁶ Det avgjørende ved skjult etterforsking er om mistenkte har hatt foranledning til å vite at det dreide seg om en polititjenestemann og hvem han er, ikke om han virkelig har sett polititjenestemannen ved en tidligere anledning. Ved spaning vil mistenkte normalt ikke ha sett polititjenestemannen, i motsetning til ved infiltrasjon, hvor han derimot både kan ha sett og hatt noe med polititjenestemannen å gjøre. Det vil likevel være skjult etterforsking *”hvis polititjenestemannen har foregitt at han er en annen enn den han er”*.²⁰⁷ Bestemmelsen beskytter ikke generelt gjenbruken av polititjenestemenn i skjult etterforsking, men kun etterforsking av saker som er nevnt i § 242a annet ledd. Det betyr at det er kun etterforsking av saker av en viss alvorlighetsgrad som er beskyttet av første ledd bokstav b. Bokstav b omfatter både etterforskingen i en

²⁰⁴ Se nærmere om dette i avhandlingens punkt 7.4.3

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 71

²⁰⁶ l. c.

²⁰⁷ l. c.

straffesak som polititjenestemannen for tiden deltar i og etterforskningen i fremtidige saker. Samtidig kreves det en fare for at mulighetene for polititjenestemannen til å delta skjult i etterforskningen blir vesentlig vanskeliggjort. Det må foretas en skjønnsmessig vurdering, hvor det etter forarbeidene blant annet legges vekt på hvor lang tid man regner med at det vil gå før polititjenestemannen kan delta i slik etterforskning igjen, og hvor viktig det er for politiet til å fortsatt kunne bruke polititjenestemannen i skjult etterforskning.²⁰⁸ Ved viktigheten av å kunne bruke polititjenestemannen, spiller inn personens erfaring, kompetanse og dyktighet.²⁰⁹

Hensynet til skjult etterforskning blir også indirekte diskutert av EMD. Behovet for å holde politiets etterforskningsmetoder skjult blir diskutert i Rowe og Davis- saken.²¹⁰ Hensynet til offentlige interesser veier her tyngre enn hensynet til mistenkte. EMD trekker frem at behovet for å skjule identiteten til en person for at vedkommende skal kunne delta skjult i etterforskningen av andre saker, er et relevant hensyn å trekke inn i vurderingen av om innsynsretten kan begrenses. Kontradiksjonsprinsippet står her sentralt.

7.4.2.3 Forebygging og etterforskning av forbrytelser

Etter bokstav c kan dokumentinnsyn nektes dersom det er fare for at *”muligheten for politiet til å forebygge eller etterforske den type forbrytelser som nevnt i annet ledd, blir vesentlig vanskeliggjort fordi informasjonen om andre saker eller om politiets metodebruk blir kjent.”*

I motsetning til bokstav b hvor det er gjenbruksverdien av politifolk som beskyttes, er det etter dette alternativet den mer generelle arbeidsmetoden til politiet som blir beskyttet. Unntak fra dokumentinnsyn kan gjøres av hensyn til saker som politiet arbeider med for tiden, men også for fremtidige saker. I teorien er det antatt at uttrykket *”forebygge eller*

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 71

²⁰⁹ l. c.

²¹⁰ Avsnitt 61

etterforske” må forstås slik at det avgjørende er om politiets arbeid med å hindre, avverge eller oppklare kriminaliteten vanskeliggjøres.²¹¹ Begrepet er vidt og det stilles ikke strenge krav til hva slags tiltak det er snakk om. Vurderingstemaet blir hvilken betydning det vil få for politiets arbeid at de aktuelle opplysningene blir gitt.²¹² Men ikke enhver betydning får innvirkning. Det må kreves at betydningen er stor for at innsyn kan nektes.

Skadevirkningene må også inntre av bestemte grunner, og de må skyldes at opplysninger om andre straffesaker eller politiets metodebruk blir kjent.²¹³ Alternativet ”andre saker”, kan i følge forarbeidene være der det pågår saker mot flere aktører i samme sakskompleks, for eksempel flere personer innen samme organiserte kriminelle miljø.²¹⁴ Det kan dermed oppstå fare for at mistenkte kan gjøre andre oppmerksomme på at de er mistenkt, slik at disse kan ta sine forholdsregler. Men bestemmelsen er ikke begrenset til slike tilfeller. Når det gjelder opplysninger om politiets metodebruk, uttales det i forarbeidene at det siktes særlig til opplysninger som kan si noe om hvordan politiet vanligvis pleier gå frem for å forebygge eller etterforske bestemte straffbare forhold. Det må dreie seg om opplysninger som ikke er alminnelig kjent fra før, men metoden må være såpass viktig at det vil ha vesentlige skadevirkninger hvis den blir kjent.²¹⁵ Retten må vurdere betydningen av at mistenkte får opplysningene, og ta i betraktning risikoen for at opplysningene blir spredt hvis de blir kjent. Bokstav c omfatter likevel ikke alle forbrytelser. Det må dreie seg om saker som er nevnt i annet ledd.

7.4.2.4 Samarbeid med utenlandske myndigheter

Etter bokstav d kan dokumentinnsyn nektes dersom det er fare for at ”*politiets samarbeid med andre lands myndigheter blir vesentlig vanskeliggjort*”.

²¹¹ Magnussen (2006) side 98-99

²¹² Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 71

²¹³ l. c.

²¹⁴ l. c.

²¹⁵ ibid. side 72

Dette alternativet skal beskytte politiets samarbeid med andre lands myndigheter. Begrunnelsen for unntaket er at et slikt samarbeid er helt nødvendig for å bekjempe alvorlig kriminalitet over landegrensene, og for at landene skal kunne utveksle fortrolig informasjon seg imellom.²¹⁶

Det var blant annet erfaringer fra den såkalte ”Heroinsaken”²¹⁷ som gjorde det nødvendig å stille opp ytterligere tiltak, for blant annet å verne om samarbeidet mellom utenlandske myndigheter.

I forarbeidene er det lagt vekt på at med andre lands myndigheter siktes det særlig til politi- og påtalemyndighet i andre land, men det ikke er avgjørende hva slags offentlig myndighet det er tale om.²¹⁸ Dette er en følge av at organiseringen av ulike offentlige myndigheter varierer i ulike land, og en eventuell snever formulering dermed ville kunne utelukke et samarbeid med enkelte myndigheter. Momenter som får betydning ved vurderingen av om innsyn kan gis, blir trukket frem i forarbeidene.²¹⁹ Slike momenter kan blant annet være hvor negativt den aktuelle myndighet stiller seg til at opplysninger den gir til norske myndigheter blir gitt videre til mistenkte eller forsvareren, hvor sannsynlig det er at samarbeidet mellom landene vil bli vesentlig vanskeliggjort dersom opplysningene blir gitt, og hvor viktig samarbeidet er for Norge. Retten kan som grunnlag for sin vurdering innhente eller be påtalemyndigheten innhente en uttalelse fra den aktuelle myndighet, uten at denne vil være bindende. Men retten må i sin vurdering også ta hensyn til om samarbeidet med utenlandske myndigheter vil bli skadelidende ved en senere anledning, dersom det gis innsyn. Bestemmelsen kommer til anvendelse der samarbeidet blir vanskeliggjort, både der saken er pågående og ved fremtidig samarbeid.²²⁰ Unntaket kommer dessuten bare til anvendelse i saker som nevnt i annet ledd.

²¹⁶ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 72

²¹⁷ Rt-2002-1049. Kjennelsen er tidligere omtalt under punkt 2.1

²¹⁸ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 72

²¹⁹ I. c.

²²⁰ Magnussen (2006) side 101

7.4.3 Strafferammekriteriet

Som tidligere nevnt oppstiller § 242a annet ledd et strafferammekrav, og begrenser bestemmelsen ytterligere. Dersom innsyn skal nektes etter § 242a første ledd bokstav b-d, må saken gjelde en handling eller forsøk på en handling som er omfattet av ett av de to alternativene i annet ledd.

Handlingen eller forsøk på handlingen kan for det første omfatte saker ”*som etter loven kan medføre straff av fengsel i 5 år eller mer*”, jfr. § 242a annet ledd bokstav a.

Det avgjørende er strafferammen og ikke hva påtalemyndigheten legger frem.²²¹

Forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse av forbrytelsen kommer ikke i betraktning, jfr. § 242a annet ledd siste punktum. Det uttales i forarbeidene at det i utgangspunktet bør være et vilkår at det dreier seg om straffbare handlinger av en viss alvorlighetsgrad, slik at reglene ikke får en generell anvendelse.²²² Det kan hevdes at beskyttelse av vitner og politimetoder er like viktig uansett sakens alvorlighetsgrad, men det uttales likevel at behovet for beskyttelse ikke er like stor i de mindre alvorlige sakene.

Straffeprosessloven § 242a annet ledd bokstav b omfatter handling eller forsøk på handling som omfattes av et av de nærmere oppregnede lovbestemmelser.

Dette alternativet får betydning uansett om den straffbare handlingen etter loven ikke overstiger en strafferamme på fem år som etter annet ledd bokstav a. Oppramsingen retter seg blant annet mot straffeloven kapittel 8 og 9, samt eksportkontrollloven.²²³ I følge forarbeidene er disse unntakene tatt inn spesifikt, fordi hensynene som taler for å gjøre unntak fra reglene om dokumentinnsyn gjør seg særlig gjeldende her. Dessuten bør det ikke på dette spesielle området skilles mellom forbrytelser med en strafferamme på fengsel inntil 5 år eller mer og forbrytelser med en lavere strafferamme.²²⁴ Straffeloven § 162 er også en av bestemmelsene som er nevnt i oppregningen, og det er i forarbeidene antatt at det er et særlig behov for å la unntaksreglene få anvendelse i saker som gjelder overtredelse

²²¹ Magnussen (2006) side 101

²²² Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 47

²²³ Lov av 18. desember 1987 nr. 93 om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi mv.

²²⁴ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 48

av strl. § 162 første ledd.²²⁵ Bakgrunnen for at bestemmelsen er tatt med i oppregningen, er at om denne ikke hadde blitt inntatt, kunne det resultere i at politiet ville henlegge saker for å unngå at kilden skulle bli utsatt for trusler etc. Dessuten ville det få store negative konsekvenser for politiets bekjempelse av narkotika om ikke bestemmelsen hadde blitt inntatt.²²⁶

Alternativ a i § 242a første ledd om at innsyn kan nektes dersom det er fare for ”*en alvorlig forbrytelse mot noens liv, helse eller frihet*”, står i en særstilling i forhold til strafferammekravet i annet ledd.²²⁷ Forarbeidene uttaler at det vil virke støtende om påtalemyndighetene må velge mellom å beskytte den som gir informasjon, og å innstille straffeforfølgningen fordi mistenktes handling knyttes til en så lav strafferamme at de nye reglene ikke er anvendelige.²²⁸ Dette synes også mest riktig, da det ofte er mistenkte selv som utgjør en fare etter første ledd bokstav a, og det kan dreie seg om forbrytelser hvor strafferammen er under fem år. Derfor er det mer nærliggende at bestemmelsen ikke omfatter strafferammekravet.

8 Avslutning

I denne avhandlingen er det retten til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet som er blitt behandlet. Beskyttelse av sensitiv informasjon er særlig nødvendig for å kunne lykkes i bekjempelse av den alvorligste kriminaliteten. Samtidig er det viktig at ikke mistenkte mister sine rettigheter, men får tilstrekkelige muligheter til å forbrede sitt forsvar. Hensynet til mistenktes rettssikkerhet må avveies mot hensynet til rikets sikkerhet, tredjemann og etterforskingen.

²²⁵ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 48

²²⁶ *ibid.* side 46

²²⁷ *ibid.* side 48

²²⁸ *l. c.*

Straffeprosessloven § 242 åpner for omfattende unntak fra innsynsretten på etterforskningsstadiet, der adgangen til å nekte innsyn vil være videre i de tidligere faser. Dessuten er vilkårene for å nekte innsyn mindre strenge etter § 242 enn etter § 242a, noe som gjør at det vil være vanskeligere å beslutte innsynsnekt etter § 242a. Men samtidig får § 242a selvstendig betydning, ved at bestemmelsen beskytter andre hensyn enn § 242.

Innføringen av § 242a har ført til at politiet har fått større mulighet til å beskytte sine metoder under etterforskning, noe som er ansett som nødvendig for å kunne bekjempe alvorlig kriminalitet. Likevel medfører § 242a en svekkelse av mistenktes rett til kontradiksjon, og endringen i 2007 gav politiet enda mer beskyttelse under etterforskningen. Innsynsretten er en sentral rettssikkerhetsgaranti for mistenkte, og det kan derfor spørres om ikke mistenktes rettigheter svekkes på bekostning av politiets etterforskningsmetoder. Samtidig er vilkårene i § 242a strenge og det skal mye til før innsyn kan nektes. Dette nettopp for at mistenktes hensyn skal ivaretas i tilstrekkelig utstrekning. Endelig er det en viktig rettssikkerhetsgaranti for mistenkte, at han kan bringe en nektelse av innsyn inn for retten til prøving.

Riksadvokaten påpeker i sitt brev²²⁹ at det ikke er mistenktes krav til rettferdig rettergang, herunder kontradiksjon, som skal reduseres ved innsynsreglene, men at det er muligheten for beskyttelse av sensitiv informasjon brukt ved oppstart av eller under etterforskningen som må tillegges større vekt. Samtidig er det kun sensitiv informasjon som ikke skal brukes ved avgjørelsen av skyld- og straffespørsmålet som skal beskyttes, noe som har stor betydning for mistenktes forsvar. For å nå kampen mot organisert og annen alvorlig kriminalitet, er det nødvendig for politiet å ta i bruk slike effektive metoder. I enkelte tilfeller må også hensynet til en mulighet for å avdekke alvorlig kriminalitet vike for hensynet til kildens liv og helse. Trusler og bruk av vold mot informanter er et økende problem, og ingenting tyder på at dette ikke vil bli mindre i fremtiden. Det er derfor først

²²⁹ Brev 7. juli 2006 fra Riksadvokaten til Justisdepartementet side 2-3

og fremst viktig å beskytte kunnskap om og fra politiets kilder og informanter, samt opplysninger om hvordan politiet arbeider.

Etter min vurdering, er de løsninger som følger av straffeprosessens regler om innsynsretten, klart innenfor de standarder som EMK trekker opp. Men det er lagt til grunn at innsynsretten etter EMK artikkel 6 er mer omfattende enn hva som følger isolert sett av straffeprosesslovens regler.²³⁰ Det avgjørende etter EMK er som tidligere nevnt, en relevansvurdering hvor det legges vekt på hvilke opplysninger mistenkte har behov for innsyn i. Departementet har under lovarbeidet vært opptatt av at reglene skal være i samsvar med EMK og andre folkerettslige plikter Norge er bundet av.

Uklarheter rundt reglene skal nå vurderes av et utvalg som Riksadvokaten tok til orde for i brev til Justisdepartementet 7. juli 2006. I brevet ble departementet oppfordret til å sette ned et utvalg for å utrede spørsmålene nærmere. Utvalget skal gjennomføre etterkontrollen og avgi sin utredning (NOU) til Justisdepartementet senest 1. juli 2009. Samtidig skal de foreslå eventuelle lovendringer som skal gi et enda bedre og klarere regelverk. Hele regelverket bør gjennomgås grundig, spesielt de siste lovendringene som ble foretatt under hastverk. Det ble reist vanskelige og prinsipielle spørsmål under lovarbeidet, noe som bør greies ut ved en nærmere vurdering. Samtidig innebærer de nye reglene ingen store inngrep i grunnleggende straffeprosessuelle rettigheter, og spesielt § 242a fremstår nå som mer presis og effektiv.

²³⁰ RG-2005-115

9 Litteraturliste

9.1 Juridisk litteratur

- Andenæs, Johs. [a] *Norsk straffeprosess. Bind I. 2. opplag. Oslo 2003*
- Andenæs, Johs. [b] *Norsk straffeprosess. Bind II. 2. opplag. Oslo 2003*
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess. 4. opplag. Oslo 2009*
- Andersen, Kjell V. *Mistenktes rett til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet.*
I: Lov og rett 2000, side 26-45
- Berg, Jens Petter. *Prisen for politiinformantenes liv. I: Yulex 2002, side 115-117 (sitert fra Lovdata)*
- Bing, Jon. *Offentlighetslovens dokumentbegrep. I: Lov og rett nr. 10/2004.*
- Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven. Kommentartutgave. Bind 1. 3.utgave. Oslo 2001*
- Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven. Kommentartutgave. Bind 2. 3.utgave. Oslo 2001*
- Bærland, Johan Petter. *Hvordan skal "sakens dokumenter" avgrenses for materiale fra kommunikasjonskontroll, og i hvilken grad kan slikt materiale unntas fra innsyn i medhold av straffeprosessloven § 242 a? I: Jussens venner nr. 3 /2007*

- Elden, John Christian. *Forsvarers dokumentinnsyn i strafferettspleien.*
I: Juristkontakt nr. 1 /2002
- Elden, John Christian. *Ytring. Om personvern, avlytting og politistat.* I: Tidsskrift for Strafferett nr. 2 /2005
- Ertzeid, Aina Mee. *Fra lovgivningen.* I: Tidsskrift for Strafferett nr.1 /2007
- Ertzeid, Aina Mee. *Fra lovgivningen.* I: Tidsskrift for Strafferett nr.1 /2008
- Fredriksen, Steinar. *Innføring i straffeprosess.* 1. utgave. Oslo 2006
- Horn, Henrik. *Fra Økokrim: Forsvarerens plikt i straffesak til å bevare taushet om innholdet i etterforskningsdokumenter vis-`a- vis klient mv.* I: Tidsskrift for Strafferett nr. 3 /2007
- Hov, Jo. [a] *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess.* Oslo 2007
- Hov, Jo. [b] *Rettergang II. Straffeprosess.* Oslo 2007
- Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter.* Oslo 3003
- Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen.* Oslo 2004
- Magnussen, Lola. *Retten til dokumentinnsyn. Med særlig vekt på straffeprosesloven § 242a.* Oslo 2006
- Lødrup, Peter, *Norsk lovkommentar,* Gyldendal Norsk Forlag Oslo 2009.

Kaasen, Knut, (nettversjon)
Tjomsland, Steinar.

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen 1995

9.2 Lover og forskrifter

Lover

Lov av 22. mai 1902 nr. 10. Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov av 18. desember 1987 nr. 93 om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi mv.

Lov av 20. mars 1998 nr. 10 om forebyggende sikkerhetstjeneste (sikkerhetsloven)

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov av 3. des. 1999 nr. 82 om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.).

Lov av 28. juli 2000 nr. 73 om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.v (tiltak for å beskytte aktørene i straffesaker mot trusler og represalier m.v)

Lov av 9. mai 2003 nr. 30 om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel).

Lov om endringer i straffeprosessloven av 2007 nr. 126 (avgrensa dokumentinnsyn og provføring)

Lov av 7. mars 2008 nr.5 om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)

Forskrifter

Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

Instruks 2.008 av 1. mars 2005 om straffesaksbehandlingen ved Oslo Politidistrikt (straffesaksinstruksen)

9.3 Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950 (EMK)

FN konvensjonen 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP)

FN-konvensjonen om grenseoverskridende organisert kriminalitet 15. november 2000 (Palermo-konvensjonen)

9.4 Forarbeider etc.

NOU

1997: 15

Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 35 (1978- 1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)
Ot.prp. nr. 64 (1998-1999)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven. mv. (etterforskningsmetoder mv.)
Ot.prp. nr. 40 (1999-2000)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å beskytte aktørene i straffesaker mot trusler og represalier mv.)
Ot.prp. nr. 24 (2002- 2003)	Om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel)
Ot.prp. nr. 76 (2006- 2007)	Om lov om endringer i straffeprosessloven (avgrensa dokumentinnsyn og provføring)

Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. nr. 37 (1980-1981)	Innstilling frå justiskomiteen om rettergangsmåter i straffesaker (straffeprosessloven)
Innst. O. nr. 78 (1999-2000)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffloven og straffeprosessloven m.v. (tiltak for å beskytte aktørene i straffesaker mot trusler og represalier m.v.)
Innst. O. nr. 73 (2002-2003)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i straffeprosessloven mv.(begrensninger i adgangen til

dokumentinnsyn og bevisførsel

Innst. O. nr. 13 (2007-2008) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i straffeprosessloven

Rundskriv

RA-1999-3. Riksadvokatens rundskriv av 22. desember 1999: Etterforskning

Uttalelser

Brev 7. juli 2006 fra Riksadvokaten til Justisdepartementet. Adgangen til å beskytte sensitiv informasjon - forslag om umiddelbare lovendringer og utredninger

- <http://www.riksadvokaten.no/ra/ra.php?artikkelid=63> [Sisert 30. mars 2009].

Høringsbrev av 15.11.2006 fra Justisdepartementet, Høring – Forslag til endringer i straffeprosessloven mv.(begrenset dokumentinnsyn og skjermet identitet)

- <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2006/Horing-Forslag-til-endringer-i-straffepr/1.html?id=437052> [Sisert 30. mars 2009].

Metodekontrollutvalget - innen 1. juli 2009. *Mandat og sammensetning for et utvalg som skal etterkontrollere lovgivningen om inngripende etterforskningsmetoder mv.*

(metodekontrollutvalget).

- <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dep/Styre-rad-og-utval/Tidsbegrensede-styrer-rad-og-utvalg/metodekontrollutvalget---innen-1-juli-20.html?id=500765> [Sisert 30. mars 2009]

9.5 Rettspraksis

RG-1998-1077 RG-2005-115 LB-2008-177298

Rt-1987-254 Rt-1990-919 Rt-1991-16

Rt-1991-1018 Rt-1991-1142 Rt-1993-313

Rt-1993-1077 Rt-1993-1121 Rt-1995-1054

Rt-1996-1736 Rt-1999-498 Rt-2000-752

Rt-2002-1049 Rt-2003-877 Rt-2004-854

Rt-2004-1080 Rt-2004-1308 Rt-2004-1813

Rt-2004-2023 Rt-2005-198 Rt-2005-209

Rt-2005-1137 Rt-2006-95 Rt-2006-157

Rt-2006-650 Rt-2007-99 Rt-2007-321

Rt-2007-1435

Den europeiske menneskerettsdomstol

Kamasinski mot Østerrike. Dom 19. desember 1989

Foucher mot Frankrike. Dom 18. mars 1997

Rowe og Davis mot Storbritannia. Dom 16. februar 2000

Jasper mot Storbritannia. Dom 16. februar 2000

Fitt mot Storbritannia. Dom 16. februar 2000

Garcia Alva mot Tyskland. Dom 13. februar 2001

Edwards og Lewis mot Storbritannia. Dom 22. juli 2003

The European Commission of Human Rights

Jespers mot Belgia. Avgjørelse 14. desember 1981

